



O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO NO DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Mestrado em Ciências Jurídico-Administrativas

**Dissertação de Mestrado Elaborada sob a Orientação do Professor Doutor
Luís Filipe Colaço Antunes**

E Coorientação do Professor Doutor João Pacheco de Amorim

CLÁUDIA LUÍSA DA COSTA LEITE

- PORTO, JULHO, 2015 -

*Ao meu avô,
cuja ausência nunca superei.*

*À minha Mãe e ao Pedro,
porque a eles lhes devo o que sou.*

*“Que Deus me perdoe/ Se é crime ou pecado/ Mas
eu sou assim/ E fugindo ao fado,/ Fugia de mim./
Cantando dou brado/ E nada me dói/ Se é pois um
pecado/ Ter amor ao fado/ Que Deus me perdoe.”*

Silva Tavares in fado “Que Deus me Perdoe”

Índice

Agradecimentos.....	5
Abreviaturas	7
Resumo.....	8
Abstract	9
Parte I – Do Dever de Fundamentação em Geral	10
I – Dever de Fundamentação do Ato Administrativo – A Motivação da Administração Pública	10
a) Conceito de Dever de Fundamentação e Seus Requisitos	10
b) Fundamentação Formal e/ou Substancial	18
II - Consequências da Insuficiência ou Inexistência do Dever de Fundamentação.....	23
III - O Princípio do Aproveitamento do Ato – Artigo 163º n°5 do CPA.....	30
Parte II – O Dever de Fundamentação no Direito da Contratação Pública.....	35
I – Breves Considerandos	35
II – Fundamentação no Procedimento Pré-Procedimental	38
a) O Procedimento Pré-Procedimental.....	38
b) Dever de Fundamentação da Decisão de Contratar	41
II – O Dever de Fundamentação no Procedimento Pré-Contratual	47
a) Ato de Escolha do Procedimento	47
b) O Valor do Contrato.....	50
c) Duração do Contrato – O Princípio da Temporalidade dos Contratos Públicos....	52
d) Relatórios Preliminar e Final – A Fundamentação Numérica	55
e) Ato de Adjudicação e de Não Adjudicação	58
III – Para uma Fundamentação do Contrato Público.....	61
a) Fundamentar o Contrato	61
b) Invalidade Derivada do Contrato por Preterição do Dever de Fundamentação.....	67
Epílogo	73
Bibliografia.....	75
Jurisprudência.....	84

Agradecimentos

“Cada novo amigo que ganhamos no decorrer da vida aperfeiçoa-nos e enriquece-nos, não tanto pelo que nos dá, mas pelo que nos revela de nós mesmos.”¹

Neste espaço reservam-se algumas, mas sentidas palavras, de profundo agradecimento àqueles que de alguma forma contribuíram para a realização da presente exposição.

Ao Professor Doutor Luís Filipe Colaço Antunes pelas linhas orientadoras e propostas de temas para as exposições, que são sem dúvida a base da escolha do tema que encabeça a minha exposição. Pela simpatia e entusiasmo com que nos recebeu todas as semanas, pela abertura à discussão de novas temas no âmbito Direito Público. Sem dúvida alguma que esta paixão pelo Direito Administrativo nasceu já lá atrás nas aulas do 2º ano da licenciatura em Direito.

Ao Professor Doutor João Pacheco de Amorim pela sua disponibilidade e orientação, mas acima de tudo por ter despertado o meu interesse no Direito da Contratação Pública, igualmente, no decurso da licenciatura em direito.

Às bibliotecárias da Faculdade de Letras da Universidade do Porto pela sua disponibilidade que acabou por ter salvado a minha tese.

À Sara Garrido, funcionária da secretaria da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, por se ter demonstrado tão prestável num momento tão delicado em vésperas de entrega da presente dissertação. Consciente de que a responsabilidade para resolver questões relacionadas com as formalidades próprias das dissertações de mestrado é, sem dúvida, dos alunos mestrandos, a Sara não deixou nunca de nos estender a mão e de nos ajudar a resolver tais questões.

Ao Carlos, colega de Mestrado, pela ajuda quanto às questões a abordar, assim como pelo facto de estar sempre disponível em facultar elementos de consulta para possíveis soluções às ditas questões, mas acima de tudo pela amizade.

¹ MIGUEL DE UNAMUNO Y JUGO, *O segredo da Vida*

Aos Advogados da Santos, Maia, Marques & Moreira, Sociedade de Advogados, R.L, em especial à Dr.^a Ana Carolina Cordeiro e ao Dr.^o Carlos Frutuoso Maia, um muito obrigado pelo carinho, pela paciência, pela prontidão, nesta nova etapa da minha vida enquanto Advogada Estagiária.

À Rosa, colaboradora da Santos, Maia, Marques & Moreira, pela dedicação, pelo amor com que me recebe todos os dias, pelos miminhos em dias de maior tristeza.

À Cláudia pela paciência, pelos “desenrasques” fora da hora do expediente, mas sem dúvida pela sua amizade com que me tem brindado todos estes anos. E pela qual sou muito grata.

Aos vigilantes da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, nomeadamente ao Sr.^o Alberto (e a ele em especial), ao Nelson e ao Daniel, por me terem acompanhado na luta diária de elaboração da presente dissertação, premiando os meus dias sempre com boa disposição.

Aos eternos jovens Sr.^o Mendes, Sr.^o Fernando e Sr.^o Alberto.

À Angelina pela paciência na trabalhosa formatação do trabalho, uma vez que Índices Automáticos não estão sobre a alçada dos meus domínios. Mas acima de tudo por ser a minha companheira de guerra nesta luta diária por ser uma pessoa melhor, por ser uma profissional melhor. Por acreditar comigo que vamos vencer!

Ao Jetine pela perseverança, pelo carinho, pela compreensão, mas acima de tudo pelo amor! Por me proporcionar uma relação estável que me permite dedicar de alma e coração a esta minha grande paixão que é o direito.

Ao Diogo, o meu irmão, o grande amor da minha vida, por ser a única pessoa que consegue arrancar-me um sorriso até nos momentos mais escuros desta caminhada. A ele um obrigada especial, por fazer de mim uma pessoa melhor.

Por fim, mas sem dúvida o mais importante agradecimento de todos, à minha Mãe e ao Pedrinho por se mostrarem sempre disponíveis em ouvir os desabafos, as lamúrias, as conquistas, pelo amor com que o fazem sem nunca demonstrarem cansaço relativamente ao seu papel enquanto pais. Por criarem condições para que eu conseguisse chegar aqui, e quiçá muito mais longe! A eles tudo...

Abreviaturas

CCP - Código dos Contratos Públicos

CPA - Código do Procedimento Administrativo

CPTA – Código do Processo nos Tribunais Administrativo

CRP - Constituição da República Portuguesa

Resumo

Com a realização da presente exposição embarcamos numa cruzada em busca da fundamentação do contrato público, enquanto modo de actuação da Administração Pública.

Conscientes da crescente corrente desprestigiadora das formalidades próprias do ato administrativo, especialmente no que diz respeito aos requisitos procedimentais, consideramos subsistirem razões, e agora mais do que nunca, para apelarmos a uma fundamentação legitimadora do contrato e, consequentemente da atividade administrativa, por respeito acima de tudo, aos princípios orientadores da sua atividade.

Consideramos que uma atividade administrativa livre de quaisquer suspeitas, especialmente quando recorre ao contrato, uma vez que o interesse público é sempre conjugado com o interesse do privado, é essencial para uma relação saudável entre Administração e administrado, mas fundamentalmente, essencial para a prossecução do interesse máximo: o interesse público.

Palavras – chave: *dever de fundamentação; requisito de forma; requisito material; garantia dos particulares; legalidade da atividade administrativa; interesse público; validade do ato; princípio do aproveitamento do ato; contrato público; decisão de contratar; ato de adjudicação; invalidade derivada; princípio do aproveitamento do contrato; fundamentação do contrato.*

Abstract

With the completion of this exposure we have embarked on a crusade in search of the contract's substantiation, as Public Administration *modus operandi*.

Aware of this growing derogatory chain of the administrative act's own requirements, especially with regard to the procedural requirements, we believe that there are still reasons, and now more than ever, to appeal to a legitimizing substantiation of the contract and consequently legitimizing of the administrative activity, out of respect, above all, for the guiding principles of its activity.

We believe that a free administrative activity of any suspicion, especially when it refers to the contract, since the public interest is always in conjunction with the private interest, is essential for a healthy relationship between management and managed, but fundamentally essential for pursuing the maximum interest: the public interest.

Key-Words: *obligation to state reasons; form requirement; material requirement; guarantee of individuals; legality of administrative activity; public interest; validity of the act; principle of the exploitation of the act; public contract; decision to contract; award document; invalidity derived; principle of exploitation of the contract; contract's substantiation.*

Parte I – Do Dever de Fundamentação em Geral

I – Dever de Fundamentação do Ato Administrativo – A Motivação da Administração Pública

“Las administraciones públicas deben ser casas de cristal, traslúcidas y transparentes, de tal manera que el ojo fiscalizador ciudadano pueda penetrar y escrutar todos sus intersticios.”²

a) Conceito de Dever de Fundamentação e Seus Requisitos

A Administração Pública e o Direito Administrativo só se podem compreender com o recurso à ideia de interesse público, pelo que nos é possível, a partir deste propósito, identificar o interesse público como o norte da Administração Pública e de toda a sua atividade.

Tratando-se a função administrativa de uma função secundária do Estado, tal faz com que a sua atividade e, consequentemente a sua conduta, estejam subordinadas ao princípio da legalidade. Ou seja, não está nas mãos da Administração Pública escolher o fim que lhe cabe prosseguir. A Administração Pública está, pois, vinculada aos fins tal e qual estes estão

² ERNESTO JINESTA LOBO

definidos na CRP³ e concretizados pela lei ordinária⁴. Daqui decorre que a Administração Pública está vinculada quantos aos fins, e para os prosseguir tem ao seu dispor vários meios, desde logo a sua forma de actuação mais comum, o ato administrativo.⁵

Mas se enquanto o Ato Administrativo é o instrumento através do qual a Administração Pública prossegue o interesse público, a vontade daquela é o elemento básico sem o qual o ato não terá valor enquanto declaração.

No entanto, essa vontade não consubstancia o mesmo tipo de vontade das pessoas físicas, ou seja, não é uma vontade construída segundo o modelo de direito privado. No ato administrativo a vontade traduz-se naquilo a que alguma doutrina se refere como “vontade procedimental”⁶. Isto significa que a vontade constante de um ato administrativo será aquela que resultar de uma *sucessão ordenada de atos e formalidades relativas à formação, manifestação e execução da vontade dos órgãos da Administração Pública*⁷. Quer isto dizer que, apesar de a Administração Pública ter o poder de fixar o conteúdo do ato, este poder, ou no fundo a vontade expressa no conteúdo do ato praticado, está sempre dependente dos trâmites procedimentais previstos na legislação relativa ao procedimento administrativo, concretamente no nosso ordenamento jurídico, no CPA.

Com efeito a maior parte do procedimento administrativo está tipificado na lei, e mesmo naqueles casos em que a vontade da Administração tenha uma ampla latitude de escolha⁸, as

³ Artigo 266º nº 1 da CRP - *A Administração pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*; Artigo 169º nº1 da CRP - *No exercício das suas funções, os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração*.

⁴ Artigo 4º do Código de Procedimento Administrativo – **Princípio da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos** – *Compete aos órgãos da Administração Pública prosseguir o interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*.

⁵ No entanto, esta não é a única forma de actuação da Administração, podendo esta optar, atendendo ao interesse que visa prosseguir em determinada situação, pelo regulamento ou então, pelo contrato. E atendendo á reforma do procedimento administrativo, desde logo as normas restritas á revogação de atos administrativos, e á subtração dos contratos administrativos á disciplina do procedimento, submetendo-a quase que exclusivamente ao CCP, é de se prever que a Administração Pública abandone a disciplina mais rígida do ato administrativo, e opte por preterir-lo em benefício do contrato.

⁶ GIANNINI, MÁSSIMO SEVERO, *Diritto Amministrativo – Volume Secondo, Trezera Edizione, Giuffrè Editore*, pág. 241 e seguintes; Entre nós ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIERA de, avança que a “*vontade do ato não é a vontade (livre) do titular mas a vontade do órgão, funcionalmente dirigida à satisfação de interesses heteronomamente definidos, sendo que os poderes utilizados, mesmo quando discricionários, só existem para a realização das necessidades públicas*” – in *Dever da Fundamentação Expressa dos Atos Administrativo*, 2ª Reimpressão, Almedina, Coleção Teses, 2007, pág. 229

⁷ Artigo 1º nº 1 do CPA

⁸ Por exemplo nos procedimentos concursais, não obstante a sua tramitação estar especificamente prevista na lei, a margem de decisão da administração é muito superior, quando comparado com outros procedimentos

regras procedimentais são um elemento fundamental para o procedimento sobre o qual aquelas incidam, sob pena de o ato que vier a ser praticado em consequência desse procedimento, ficar inquinado por um vício procedimental. Não obstante a procedimentalização da vontade da Administração Pública, a verdade é que haverá sempre um motivo primário adjacente àquela vontade: o interesse público.⁹ Sendo certo que é em função desta vinculação da Administração ao interesse público, que se deverá reivindicar sempre o cumprimento da lei¹⁰, relativamente a aspectos formais ou materiais do ato, do contrato ou do regulamento administrativo. É neste contexto que se insere a problemática do dever de fundamentação, enquanto requisito formal expressamente previsto na lei do procedimento, cujo cumprimento é, sem dúvida, uma forma de controlo das decisões administrativas.

Por outro lado, o imperativo da fundamentação desenvolveu-se, acima de tudo, no sentido de uma plenitude da defesa reacional dos particulares¹¹ face a atos administrativos lesivos dos seus interesses, ou como alguma doutrina e jurisprudência tem vindo a defender, como uma forma de garantia de acesso à via contenciosa por parte dos particulares. Isto porque, o Direito Administrativo tem sido encarado sobretudo na perspetiva da relação estabelecida entre a Administração e os Administrados, e não tanto mediante a ideia pura de ato administrativo.¹²

Até 1977 não havia um princípio de aplicação geral que obrigasse a Administração a fundamentar os atos administrativos, existindo essa obrigação apenas em determinada legislação avulsa e para uma categoria restrita de atos administrativos.¹³

O princípio do dever de fundamentação para a generalidade destes atos veio a ser consagrado no Decreto-Lei nº256-A/77, de 17 de Julho. Mais tarde, em 1992, o Código do Procedimento passou a prever expressamente esta imposição, sendo certo que já em 1982 com

administrativos. Desde logo porque a escolha do concorrente a quem se irá adjudicar o contrato, não está tipificada na lei, mas tão só os critérios que deverão estar observados aquando dessa escolha por parte da entidade adjudicante. Aliás, todo o procedimento concursal compreende um vasto conjunto de escolhas e decisões que estão largamente submetidas á discricionariedade dos órgãos da administração.

⁹ GIANNINI, MÁSSIMO SEVERO, obra citada, pág. 250

¹⁰ GOMES, JOSÉ OSVALDO *Fundamentação do Ato Administrativo*, 2ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora, pág. 10.

¹¹ DUARTE, DAVID *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*, Almedina, pág. 181

¹² BACHOF, NIGRO e PASTORI referência in DA SILVA, VASCO PEREIRA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Almedina, 2003

¹³ CAETANO, MARCELO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, pág. 478

a revisão constitucional, a CRP consagrara o dever de fundamentação dos atos administrativos no seu Artigo 268º n.º3.

O dever de fundamentação dos atos administrativos surgiu relativamente tarde no nosso ordenamento jurídico; todavia, e tal como acontece noutros ordenamentos jurídicos¹⁴, o nosso não prevê um dever de fundamentação geral destes atos, limitando essencialmente essa imposição àqueles que de alguma forma lesem direitos ou interesses legalmente protegidos¹⁵.

Além dos atos supracitados, são ainda alvo da imposição do dever de fundamentação expressa, os atos que decidam de reclamação ou recurso, decidam em contrário com a pretensão do interessado, decidam de forma diferente daquilo que é a prática habitual, e finalmente, de atos que impliquem a declaração de nulidade, anulação, revogação, modificação ou suspensão de ato administrativo anterior.

No fundo, o dever de fundamentação está previsto para aqueles atos que VIERA DE ANDRADE¹⁶ identifica como sendo atos praticados ao abrigo de uma ideia de “Administração de Autoridade”, em que o ato resulta de uma vontade unilateral do órgão administrativo no exercício de uma competência legalmente atribuída. Quer isto dizer que, qualquer ato que não caiba expressamente na previsão da norma, ou cuja fundamentação não esteja prevista em legislação especial, acarretará para o órgão que o praticou um dever de fundamentação expressa.

Aliás esse tem sido o entendimento sufragado pela Jurisprudência¹⁷ dos Tribunais Administrativos Portugueses - o de submeter ao dever de fundamentação, previsto agora no Artigo 152º do CPA, tão só os atos desfavoráveis aos direitos e interesses dos particulares, subtraindo os demais atos que, não estando expressamente previstos na disposição legal supra referida, serão excluídos do âmbito desse mesmo dever.

¹⁴ Assim como no ordenamento jurídico Português, também os ordenamentos jurídicos Francês, Espanhol e Alemão reconduzem o dever de fundamentação a uma certa categoria de atos administrativos, sendo que tal com no nosso ordenamento jurídico, a ideia de impor um dever de fundamentação está intimamente ligada com a ideia de atos administrativos ablativos de direitos e interesse dos particulares. Apenas o ordenamento jurídico Italiano prevê um dever geral de fundamentação dos atos administrativos. E mesmo assim, a jurisprudência e doutrina italiana têm vindo a delimitar essa imposição a determinados atos administrativos, mormente a atos administrativos ablativos de direitos ou interesses dos particulares.

¹⁵ **Artigo 152º n.º1** do CPA

¹⁶ VIERA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS, obra citada, “*Dever de...*”, pág. 17

¹⁷ Vide Acórdão do Tribunal Administrativo Sul de 29 de Janeiro de 2015, Processo nº 11744/14; Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 29 de Maio de 2014, Processo nº 00511/11; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 7 de Janeiro de 2015, Processo 01489/14.

Assim como pela doutrina, uma vez que segundo VIERA DE ANDRADE *verificamos que, entre nós, o imperativo de fundamentação expressa dos atos administrativos é, como na maior parte dos outros países europeus ocidentais, um imperativo geral, mas que não é global, nem é total. (...) não é global, porque o seu perímetro não abrange todos os atos administrativos, optando a nossa ordem jurídica por uma enumeração de “grupos de risco” e deixando intencionalmente de fora certas categorias de atos, ou melhor, atos praticados em certas condições ou circunstâncias.*¹⁸

Harmonizada que está a questão de que atos são ou não subsumíveis ao dever de fundamentação expresso previsto, tanto na Lei Constitucional como na Lei Ordinária, debruçar-nos-emos agora sobre a questão do regime da fundamentação no ordenamento jurídico português.

Entende-se por fundamentação a obrigação de enunciar expressamente os motivos e as razões de facto e de direito que levaram o órgão da Administração Pública, enquanto autor do ato, a decidir daquela forma e não de outra.¹⁹ Tal e qual como numa sentença judicial, no texto da decisão do ato administrativo deverão ser indicados inicialmente os factos relevantes para a decisão, ou seja, todos aqueles que foram tidos em consideração pelo autor do ato para a tomada da decisão, para de seguida aplicar o direito àqueles mesmos factos e, em função desse juízo, chegar a uma conclusão (decisão).

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que o regime jurídico da fundamentação dos atos administrativos visa, essencialmente, o perfeito esclarecimento dos administrados sobre o percurso cognoscitivo e valorativo seguido pelo órgão decisor, dando-lhes a saber quais os motivos ou as razões pelas quais se pratica o ato, em ordem a lhes permitir optar entre a aceitação da sua legalidade ou pela reação (graciosa e/ou contenciosa) contra o mesmo.²⁰

É ponto assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo o ser a fundamentação um conceito relativo, que varia em função do tipo legal do ato e das

¹⁸ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA de, obra citada, “Dever de...”, pág. 173

¹⁹ Para VIERA DE ANDRADE a fundamentação poderá ser entendida como “uma exposição enunciativa das razões ou motivos da decisão, ou então uma recondução do decidido a um parâmetro valorativo que o justifique: no primeiro sentido, privilegia-se o aspeto formal da operação, associando-a à transparência da perspectiva decisória; no segundo, dá-se relevo à idoneidade substancial do ato praticado, integrando-o num sistema de referência em que encontra base de legitimidade” – obra citada, “O Dever de...”, pág. 11. Para mais conceitos de Dever de Fundamentação ver MARCELO CAETANO, “Manual de Direito Administrativo”, pág. 479; GOMES, JOSÉ OSVALDO, *Fundamentação do Ato Administrativo*, pág. 50; DUARTE, DAVID obra citada “Procedimentalização ...”; ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO, obra citada, “Para Um...”

²⁰ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 19 de Novembro de 2014, processo nº 0407/12

circunstâncias concretas em que foi emitido. Esta variação do nível de exigência da fundamentação do ato está intimamente ligada à perspectiva do interessado relativamente ao conteúdo decisório e respetiva fundamentação. Pelo que se tem entendido, que desde que o destinatário do ato perceba a razão do decidido e o respetivo alcance, não haverá, então, necessidade de se preencherem outros requisitos de fundamentação.²¹ Para tanto, a jurisprudência tem recorrido ao critério do “*bonus pater familiae*” para aferir e constatar a compreensão por parte do destinatário do conteúdo da fundamentação do ato.

Denota-se que tem bastado a correta percepção do particular da fundamentação do ato para que o mesmo seja considerado fundamentado. Mas, e salvo o devido respeito, este argumento é falível na medida em que o ato poderá estar inquinado por um vício, não obstante o particular ter entendido a razão de ser do mesmo, ocorrendo assim, uma preterição do princípio da legalidade, o que obviamente não o favorecerá.

Por outro lado, e tal como já referido, a fundamentação não poderá ser encarada apenas nesta vertente de garantia dos particulares. A fundamentação é, acima de tudo, uma garantia da legalidade do ato e da atividade do órgão decisor, pelo que terá de haver sempre, pelo menos, uma densidade mínima fundamentadora exigível, que não apenas o critério da compreensibilidade por parte do interessado.

Simpatizamos com as considerações críticas de MARTA PORTOCARRERO²², quando a Autora constata que a doutrina e jurisprudência portuguesa têm adoptado, perante a concretização do dever, por um juízo de compreensibilidade em detrimento de um juízo de cognoscibilidade ou de controlabilidade da decisão²³, enquanto critério aferidor da suficiência da fundamentação. Quer isto dizer que, (no entendimento jurisprudencial) o imperativo da fundamentação se cumpre, desde que o destinatário do ato compreenda o conteúdo decisório do ato e a respetiva fundamentação, para que lhe possa aderir de forma esclarecida ou então,

²¹ “O que a lei pretende é que o destinatário do ato perceba a razão do decidido, independentemente da fundamentação estar ou não de acordo com os cânones legais substantivos” – Acórdão do STA de 18/02/1999

²² Audiência dos Interessados e Conteúdo da Fundamentação, anotação aos Acórdãos do STA de 13/04/2000, processo nº 41540 e de 9/03/2000, processo nº 442314 in CJA nº 41, Setembro/Outubro 2003, pág. 24. Igualmente nesse sentido COLAÇO ANTUNES, LUÍS FILIPE, *A fundamentação do Ato e o Procedimento Administrativo. Centralidade ou Periferia da fundamentação*, in *Revista do Ministério Público*, Ano 20.º, Janeiro-Março, 1999, n.º 77, pág. 15

²³ Nesse sentido LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES “*Parece mesmo ter-se desenhado uma função defensiva da fundamentação, em obséquio aos destinatários do ato e a todas aqueles que possam estar interessados (...) esquecendo-se que a fundamentação serve outros objetivos – imparcialidade, justiça e transparência da atividade administrativa na prossecução do interesse público*” – ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO, *Para Um Direito Administrativo de Garantia do Cidadão e da Administração – Tradição e Reforma*, Almedina, pág. 43

pelo contrário, para que possa reagir contra o mesmo. Desta forma, não releva para efeitos do cumprimento do dever de fundamentação dos atos administrativos, se o conteúdo fundamentador da decisão administrativa está materialmente correto e conforme a lei.²⁴

Assim, e antes de mais, cumpre saber em que termos é que a Administração Pública cumpre efetivamente, quando a lei assim o obrigue, esta imposição de fundamentação do ato administrativo por si praticado.

Esta questão demonstra uma elevada importância ao nível da validade do ato, na medida em que o cumprimento dos requisitos de fundamentação isentará, desde logo, o ato administrativo de qualquer vício de fundamentação, e na perspetiva da visão adotada pela jurisprudência, independentemente da idoneidade material do ato.

Vejamos.

A exteriorização do processo cognitivo do autor do ato, como resultado de um procedimento bastante complexo, terá de ser clara, congruente e suficiente.²⁵

A fundamentação cumprirá o requisito da clareza quando inteligível e/ou liberta de ambiguidades e obscuridades, tendo em conta a figura de um destinatário normal e razoável que na situação concreta tenha de compreender as razões decisivas e justificativas da decisão;²⁶ A fundamentação será congruente sempre que exista uma relação de adequação e consonância entre os pressupostos normativos do ato, de facto e de direito, os motivos do mesmo, pelo que inexistente fundamentação quando são adotados fundamentos que, por contradição, não esclareçam concretamente a motivação do ato.²⁷ (DAVID DUARTE identificou duas vertentes no que à congruência da fundamentação diz respeito²⁸. Em primeiro lugar, uma fundamentação

²⁴ Veja-se por exemplo o disposto na lei do procedimento administrativo Alemã - §39, par. 2º, nr. 2 – que exclui o dever de fundamentação nos actos em relação aos quais o destinatário é **capaz de compreender** as posições do órgão de decisor, por ter conhecimento das mesmas, sem necessidade de argumentação.

²⁵ Conforme o disposto no Artigo 153º do CPA; Vide ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, obra citada, “Dever de...”, pág. 232 e seguintes

²⁶ “A exigência de clareza é (...) uma condição de validade da fundamentação que se reporta exclusivamente aos termos da perceptibilidade do discurso e, por isso, às próprias opções de semântica e sintáticas que se realizam na sua elaboração.”, DUARTE, DAVID, *A Fundamentação e a Linguagem: As Suas Funções Ilocutórias e as Medidas Normativas de Suficiência*, Anotação ao Acórdão do STA 7/11/2012, processo nº 40 073, in CJA nº 41 Setembro/Outubro 2003, pág. 45

²⁷ Tem-se verificado no âmbito dos procedimentos de contratação pública uma incongruência ao nível do ato de adjudicação, que está sujeito a uma imposição expressa de fundamentação nos termos gerais do CPA. Uma vez que quando comparados os factores e subfactores do procedimento com os fundamentos expostos pela entidade adjudicante e a decisão propriamente dita, chega-se muitas vezes á conclusão de que aquela fundamentação, apesar de compatível com os factores e subfactores do procedimento, não o é com a decisão.

²⁸ DUARTE, DAVID, obra citada, “Procedimentalização...” pág. 213

congruente impõe que não haja uma contradição entre os fundamentos e o conteúdo da decisão. Em segundo lugar, não será congruente a fundamentação quando os fundamentos não se articulam lógica e racionalmente entre si); Finalmente, a fundamentação será suficiente quando se estenda a todos os elementos em relação aos quais o órgão decisor disponha de poder discricionário para escolher, e o exerça, de modo a poder reconstituir-se o percurso lógico e jurídico do procedimento que terminou com a decisão final.²⁹

Cumpridos que estejam os requisitos supra enunciados terá de se concluir que o ato administrativo está devidamente fundamentado, não padecendo, dessa forma, de um vício procedimental correspondente à preterição do imperativo de fundamentação. Fundamentar é, portanto, enunciar explicitamente as razões ou os motivos que conduziram a entidade administrativa à prática do ato; é enunciar as premissas de facto e de direito nas quais a respetiva decisão administrativa assenta.

O dever de fundamentação visa, portanto, impor à Administração que pondere devidamente antes de decidir, permitindo dessa forma, ao administrado seguir o processo mental que conduziu à decisão final a fim de a ele poder esclarecidamente aderir, ou de contra ele poder reagir através dos meios legais ao seu dispor. Tudo nos leva a crer, pois então, que a fundamentação do ato administrativo constitui ela própria um importante sustentáculo da legalidade administrativa e da legalidade do procedimento. Não se exige com isto uma fundamentação prolixa e demasiado técnica; no entanto, não poderá ela ser pelintra como parece defender VIEIRA DE ANDRADE ao afirmar que “*o dever cumpre-se desde que exista uma declaração a exprimir um discurso que pretenda justificar a decisão, independentemente de esse arrazoado ser materialmente correto convincente ou inatacável*”.³⁰

Com o devido respeito, uma pretensão de discurso justificador não passa disso mesmo, de uma pretensão, e que não concretiza de todo a imposição da fundamentação do ato. Não podemos aceitar que um banal discurso (in)justificador possa ser considerado como cumpridor do dever de fundamentação. O que se pretende, e acima de tudo o que parecer pretender a lei, é uma fundamentação clara e objetiva, que não se baste com um mero enunciado genérico com recurso a remissões para disposições legais.

²⁹ Expressão da vontade procedimental da Administração Pública como resultado do procedimento.

³⁰ VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS, obra citada “*O Dever de Fundamentação...*” pág. 13

Além de que, um ato devidamente fundamentado contribui em grande medida para uma saudável relação entre Administração e particulares, na medida em que um particular em face de uma decisão que cumpra com os requisitos de fundamentação, a encarará como fruto de um juízo lógico de ponderação, e não como uma vontade arbitrária ou como resultado da *intuição dos seus autores*.³¹

b) Fundamentação Formal e/ou Substancial

Não obstante o dever de fundamentação ter sido acolhido nos vários ordenamentos jurídicos europeus, certo é que esta imposição foi, e continua a ser alvo de disparidades, concretamente na doutrina, no que concerne à sua natureza jurídica, e especialmente no que concerne aos efeitos jurídicos que produz relativamente ao ato administrativo e à sua validade.

E quanto a esta contenda existem duas correntes: uma primeira designada por corrente formalista³², segundo a qual o dever de fundamentação do ato administrativo mais não é do que um mero requisito de forma daquele, que se cumpre segundo um discurso que pretenda de alguma forma justificar o ato, independentemente do seu mérito, e cuja preterição significa para o ato, nada mais do que um vício formal que, comportaria a simples anulabilidade do ato³³.

Uma outra corrente é a corrente substancialista³⁴, segundo a qual o dever de fundamentação assume perante o ato administrativo um peso muito superior ao de um requisito formal, tratando-se de uma corrente subjetiva que valoriza os motivos nos quais assentou determinada decisão administrativa. Motivo pelo qual a sua preterição contende com o próprio conteúdo material do ato, ou seja, com a sua legalidade substantiva. Para esta segunda corrente, o que realmente importa são os factores e razões constitutivas de uma vontade nascida do procedimento, a já referida vontade procedimental, fazendo depender destas a própria validade do ato. A corrente substancialista funda-se então, no facto de o dever de fundamentação ser encarado como uma forma de legitimação do conteúdo decisório do ato, o que comporta uma

³¹ GOMES, JOSÉ OSVALDO, obra citada “Fundamentação ...”, pág. 23 – “a fundamentação facilita a interpretação e aplicação prática do ato (...) contribuindo decisivamente para o aperfeiçoamento da atividade administrativa.”

³² Entre nós defendida de forma acérrima por VIEIRA DE ANDRADE.

³³ E com a recente reforma ao CPA poderá nem sequer comportar a anulabilidade do ato tendo em conta que o Código passou a prever expressamente o princípio do aproveitamento do ato (ver infra).

³⁴ Nesse sentido na doutrina Italiana ROMANO, SANTI, *Corso di Diritto Amministrativo*, I, 1930, pág. 266 e seguintes; GIANNINI, *Motivazione dell’atto amministrativo*, in EdD, 1977, pág. 260 e seguintes.

garantia e um instrumento de efetivação da conformidade do conteúdo material do ato e, consequentemente da atividade administrava, com a lei.

VIEIRA DE ANDRADE define fundamentação como *“uma exposição enunciativa das razões ou motivos da decisão, ou então como a recondução do decidido a um parâmetro valorativo que o justifique: no primeiro sentido, privilegia-se o aspeto formal da operação, associando-a à transparência da perspectiva decisória; na segunda dá-se relevo à idoneidade substancial do ato praticado, integrando-o num sistema de referência em que encontre bases de legitimidade”*.³⁵ Este conceito de fundamentação, tal como denota o ilustre Autor, engloba necessariamente as duas concepções de fundamentação, formal e substancial. Todavia, o mesmo Autor acaba por defender um conceito formal daquela, considerando que cumpridos que estejam os requisitos formais de fundamentação, ter-se-á então de considerar como cumprido o dever de fundamentação expresso dos atos administrativos, independentemente do mérito da decisão administrativa.

O nosso ordenamento jurídico acabou por acolher uma espécie de corrente intermédia no Artigo 162º do CPA, optando por moderar uma conjugação entre a fundamentação formal e a fundamentação substantiva³⁶, uma vez que a norma refere que a fundamentação será expressa através da exposição dos fundamentos de facto e de direito que estão na base da decisão enunciando, igualmente, as finalidades que o ato visa prosseguir. Daqui decorre que a fundamentação do ato não é apenas uma formalidade do ato, numa vertente meramente justificadora, mas também uma forma de esclarecer o particular quanto aos motivos que levaram à tomada daquela decisão e não de uma outra.

Aliás a doutrina italiana tem entendido que o dever de fundamentação se impõe pela própria natureza do ato administrativo, e não por existir uma previsão expressa desse dever, desde logo por referência à ideia de Estado de Direito.³⁷ Já a doutrina portuguesa, bem como a jurisprudência, têm interpretado a norma do CPA relativa à fundamentação (pelo menos no que respeita às consequências de validade do ato) de forma a reconduzi-la à corrente formalista, uma vez que a preterição do imperativo da fundamentação não poderá colocar em causa a

³⁵VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS, obra citada, “Dever...”, pág. 11

³⁶COLAÇO ANTUNES, LUÍS FILIPE, obra citada, “Para Um”..., pág.25

³⁷ JUSO, *Tratti Characteristici della Giurisprudenza Motivazione Degli Atti Amministrativo*, in RTDP, 1959, pág. 661 e seguintes.

validade material do ato.³⁸ Assim, o dever de fundamentação ao integrar uma componente tão-somente formal, terá de ser encarado como uma mera declaração de fundamentos ou como uma exteriorização de um discurso justificador, independentemente do mérito propriamente dito da decisão.

Contrapondo-se a esta posição maioritária da doutrina, que segue a esteira de VIERA DE ANDRADE³⁹, DAVID DUARTE, não obstante considerar o dever de fundamentação uma formalidade do ato, entende que o imperativo de fundamentação contém em si muito mais do que uma vertente justificadora *strito sensu*, concedendo-lhe uma componente substancialista, ao considerar que um vício de fundamentação coloca em cheque a própria legalidade material do ato, ou pelo menos, deverá fazer com que nos questionemos acerca desta legalidade, ou seja, da existência de outros vícios⁴⁰.

Para o ilustre Autor, a relação entre o mérito da decisão e a fundamentação do ato não se equaciona a partir do dever de fundamentação propriamente dito, mas a partir da norma que impõe que fundamentação deverá ser suficiente, congruente e clara.⁴¹ Ora, estas exigências, ainda que formais, satisfazem objectivos puramente materiais, uma vez que estabelece uma conexão inegável entre o discurso justificador e o conteúdo material do ato.

Perfilhando o entendimento sufragado por DAVID DUARTE, defendemos que o conceito de fundamentação não poderá compreender-se sem uma certa componente substancial, tendo em conta até os interesses em causa e o fim último que cabe prosseguir. Querendo isto dizer

³⁸ Nesse sentido Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 26-02-2015 no âmbito do processo nº 0048/11 “*fundamentação do ato destina-se a esclarecer concretamente as razões que determinaram a decisão tomada e não encontrar a base substancial que porventura a legitime, já que o dever formal de fundamentação se cumpre “pela apresentação de pressupostos possíveis ou de motivos coerentes e credíveis, enquanto a fundamentação substancial exige a existência de pressupostos reais e de motivos corretos susceptíveis de suportarem uma decisão legítima quanto ao fundo. O discurso fundamentador tem de ser capaz de esclarecer as razões determinantes do ato, para o que há-de ser um discurso claro e racional; mas, na medida em que a sua falta ou insuficiência acarreta um vício formal, não está em causa, para avaliar da correção formal do ato, a valia substancial dos fundamentos aduzidos, mas só a sua existência, suficiência e coerência, em termos de dar a conhecer as razões da decisão”*; e ainda Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 24-05-2012 no âmbito do processo nº 00731/09. Doutrina nesse sentido vide DUARTE, DAVID, obra citada “*Procedimentalização...*”, Pág. 186.

Para doutrina em sentido diverso, ou seja, defensora da dimensão substancialista do imperativo da fundamentação, vide REBELO DE SOUSA, MARCELO, *Distribuição pelos Municípios da Energia Eléctrica de Baixa Tensão in CJ*, ano XIII, 1988, tomo 5, pág.37; e ainda José Osvaldo Gomes, obra citada, “*Fundamentação...*” pág. 53

³⁹ Posição claramente assumida na sua obra “*Dever da Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*”.

⁴⁰ Igualmente nesse sentido LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, “*A recessão da fundamentação manifesta-se ainda a nível processual, na medida em que o intérprete, ao conceder a fundamentação não contextual perde (...) todas as consequências deste défice de fundamentação, que bem poderia revelar o vício de desvio de poder, tendo em consideração a natureza proporcionalista da função administrativa*” – ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO, obra citada, “*Para Um...*”, pág. 45

⁴¹ DUARTE, DAVID, obra citada “*A Fundamentação...*”, pág. 44 e seguintes

que se por um lado se admite que a imposição de fundamentação expressa dos atos administrativos é uma formalidade do ato, por outro lado defende-se que ao contrário da notificação ao interessado, por exemplo, que apenas tem uma função garantística e comporta tão só a ineficácia do ato, a falta de fundamentação contende com a própria validade jurídica intrínseca da decisão, extravasando os meros quadros garantísticos de proteção jurídica.⁴² O vício de fundamentação, deverá significar pois algo mais de que a omissão de uma formalidade.

Assim, cremos que subsistem razões que nos permitem apelar à dimensão substantiva da fundamentação, não só como forma de garantia dos direitos dos particulares, mas também por razões de legalidade substancial do próprio ato. Isto porque o substancialismo se funda no facto de a fundamentação ser uma forma de legitimação do próprio do conteúdo decisório do ato, significando uma garantia e um instrumento de efetivação da conformidade conteúdo material do ato e, consequentemente da atividade administrativa, com o direito.

Aliás, ao contrário do que parecem fazer crer os defensores da corrente formalista, a imposição do dever de fundamentação na perspetiva da corrente substancialista não funda a sua visão tão só na garantia dos particulares em caso de recurso à via contenciosa. Pois como denota, e bem, VIEIRA DE ANDRADE as relações entre administrados e Administração *não se limitam às susceptíveis de recurso aos tribunais*.⁴³ E daí que o dever de fundamentação extravase os contornos do acesso à via contenciosa por parte dos particulares, uma vez que é inegável que o imperativo de fundamentação assume um papel determinante na própria legalidade material do ato. Assumindo *uma plurifuncionalidade que não apenas a de uma alavanca técnica e relacional imprescindível para o acesso potencialmente eficiente aos meios contenciosos*.⁴⁴

Assim, parece-nos que dúvidas não restam de que o dever de fundamentação não é reconduzível a um mero requisito de forma do ato administrativo, nem o vício de fundamentação é simplesmente um vício de forma em sentido estrito, devendo sempre significar algo mais. Neste sentido concordamos plenamente com MIGUEL PRATA ROQUE: *O que não podemos é continuar a fingir que a lei diz aquilo que (afinal) nenhum leigo dela*

⁴² DAURTE, DAVID obra citada “Procedimentalização...”, pág. 190

⁴³ Obra citada, “Dever de...”, , pág. 28

⁴⁴ DAVID, DUARTE, Obra citada, “Procedimentalização ...”, pág. 237

*retiraria. Sob pena de termos de aguardar que seja a criança inocente a gritar: “O Rei vai nu!” ...*⁴⁵

⁴⁵ Obra citada, “Ato Nulo...”, pág. 32

II - Consequências da Insuficiência ou Inexistência do Dever de Fundamentação

“Numa fórmula, o Estado não pode ser convertido num segurador Universal; Contudo, já não se admite uma Administração Pública descumpridora dos seus deveres.”⁴⁶

DIOGO FREITAS DO AMARAL identifica a invalidade do ato administrativo como “*o valor jurídico negativo que afeta o ato administrativo em virtude da sua inaptidão intrínseca para a produção dos efeitos jurídicos que devia prosseguir*”⁴⁷. Trata-se, no fundo, de saber se o ato comporta, ou não, vícios ou malformações, em face das normas que estabelecem os termos em que é possível a produção de efeitos jurídicos por via da autoridade.⁴⁸

Portanto, os requisitos de validade dos atos administrativos são aqueles que a lei impõe como condição para que estes possam produzir estavelmente os seus efeitos.⁴⁹ Assim, para que um ato administrativo possa ser considerado válido é necessário, desde logo, que o procedimento ocorra sem vícios e sem a preterição e/ou omissão das imposições procedimentais resultantes da lei.⁵⁰ Desta forma, é essencial que a Administração Pública cumpra com todos os trâmites procedimentais legalmente exigidos para a prática de um ato administrativo, pois caso contrário, o ato ficará inquinado por um vício que poderá, dependendo do tipo de invalidade em causa, provocar certas consequências ao nível dos próprios efeitos do ato.

No que concerne aos vícios do ato, podemos identificar três tipos de vícios: vícios orgânicos (usurpação de poder), vícios formais (carência de forma legal e/ou preterição de formalidades essenciais) e os vícios materiais (desvio de poder e violação de lei). Os atos inquinados por vícios orgânicos, formais ou materiais são, portanto, atos administrativos inválidos. E como tal, dependendo do tipo de vício em causa, a lei faz-lhes corresponder dois tipos ou duas formas de invalidade: a nulidade e a anulabilidade.

⁴⁶ JUAREZ FREITAS

⁴⁷ AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo – Volume II*, 2ª Edição, Almedina, 2011, pág. 419

⁴⁸ VIEIRA DE ANDRADE, “DJAP – Volume II”, pág. 582

⁴⁹ ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares*, Almedina, 2012, pág.195

⁵⁰ DIAS, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO E OLIVEIRA, FERNANDA PAULA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2ª Edição, Almedina, 2012, pág. 255

A nulidade é a forma mais grave de invalidade do ato administrativo, motivo pelo qual o ato nulo é totalmente ineficaz desde a sua prática, não produzindo quaisquer efeitos jurídicos independentemente da sua declaração jurisdicional ou administrativa.⁵¹ Tanto que a nulidade é insanável; um ato nulo não se consolida no ordenamento jurídico, podendo a nulidade ser reconhecida a todo o tempo⁵². Por seu turno, a anulabilidade é uma forma de invalidade menos grave. O ato anulável produz os seus efeitos até que seja anulado, consolidando-se⁵³ no ordenamento jurídico se não for impugnado no prazo máximo de um ano a contar da sua prática.

O nosso ordenamento jurídico implementou a anulabilidade como a invalidade regra para os atos administrativos inquinados, e a nulidade como a invalidade excecional⁵⁴. Esta diferenciação justifica-se, desde logo, por razões de segurança jurídica, ao não se permitir que permaneçam dúvidas quanto à validade do ato durante um lapso de tempo indeterminado.⁵⁵

O Artigo 161º do Novo CPA, apesar de ter eliminado a cláusula geral de nulidade, passando a um sistema de nulidades por determinação legal⁵⁶, manteve o elenco exemplificativo das nulidades do ato administrativo do nº2 do Artigo 133º do CPA de 1991, pese embora as tenha reconduzido às situações típicas de nulidade administrativa, isto sem prejuízo das (demais) nulidades por determinação legal. E assim serão cominados com a anulabilidade os atos administrativos que, apesar de terem sido praticados com ofensa aos princípios e normas administrativas, a lei não lhes fez corresponder outra sanção (Artigo 163º nº1 do CPA).

Esta graduação de invalidades, segundo o entendimento da doutrina, mais concretamente nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE⁵⁷, tem que ver com o grau do desvalor jurídico de que enferma o ato administrativo em causa. Sendo que, em princípio, serão nulos os atos que incorram em ilegalidades de tal modo graves que a ordem jurídica não lhes reconhece qualquer tipo de feitos jurídicos. Refira-se ainda que tanto os vícios formais como os vícios

⁵¹ Artigo 162º nº1 do CPA

⁵² Artigo 162º nº2 do CPA

⁵³ Um ato inválido não se transforma num ato válido apenas porque se tornou inimpugnável. E por esse motivo não se convalida, antes se consolida no ordenamento jurídico produzindo os seus efeitos tal qual um ato plenamente válido.

⁵⁴ Nesse sentido Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 11/03/2011 no âmbito do processo nº01001/06; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 2/07/2014 no âmbito do processo nº01140/13 e de 05/02/2015 no âmbito do processo nº01775/13

⁵⁵ AMARAL, DIOGO FREITAS do, obra citada “ *Curso de...* ” pág. 446

⁵⁶ Eliminação da terminologia “Elemento essencial do ato”.

⁵⁷ VIEIRA DE ANDRADE, *A Nulidade Essa Desconhecida – Revista de Legislação e de Jurisprudência* nº 3957, Ano 138, Coimbra Editora, Julho – Agosto, pág. 334 e seguintes.

substanciais são passíveis de conduzir o ato administrativo a um grau de desvalor tal, que a cominação terá de passar indubitavelmente pela nulidade.

Nesta senda, LUÍS CABRAL DE MONCADA considera que *a nulidade baseia-se em considerações materiais sobre a natureza verdadeiramente anómala do ato praticado independentemente da qualificação dos vícios que a suscitam, sejam eles substanciais ou formais, e isto pela simples razão de que por vezes a qualificação do vício de um ato administrativo como formal (ou procedimental) é apenas isso mesmo, uma qualificação obedecendo às exigências de uma determinada dogmática e não a última palavra sobre a verdadeira natureza do desvalor em causa.*⁵⁸ Daí que haja uma necessidade crescente de nos afastarmos da forma rígida como são interpretados os requisitos de validade dos atos administrativos, seja ela qual for. Isto porque os vícios formais, que têm vindo a ser considerados meras formalidades que em nada contendem com o conteúdo material do ato, e por isso irrelevantes, podem redundar num desvalor jurídico tal que deverão levar a que se questione, pelo menos, a legalidade do ato administrativo.

No que ao dever de fundamentação diz respeito, é unânime tanto na Jurisprudência como na Doutrina, que este mais não é do que uma formalidade ou um requisito formal/procedimental do ato administrativo. Pelo que, um ato inquinado por um vício de fundamentação é um ato inquinado por um vício de forma. Todavia, o conceito de forma não é encarado do mesmo modo pela doutrina. Se por um lado, parte da doutrina encara os requisitos de forma em sentido amplo⁵⁹ - *conjunto de todas as formalidades ligadas à formação e à expressão de vontade constituinte de um ato administrativo*⁶⁰ -, por outro o conceito de forma adoptado é um conceito em sentido estrito⁶¹ - *modo de exteriorização do ato, que tem como núcleo a declaração que manifesta a decisão tomada, extraíndo-se dela os trâmites ligados à formação da vontade administrativa, que integram o que se designa por procedimento.*⁶²

⁵⁸ MONCADA, LUÍS CABRAL DE, *A Nulidade do Ato Administrativo*, Jurismat, Revista Jurídica n.º 02 (2013), pág. 121

⁵⁹ CAETANO, MARCELO, obra citada, “*Manual...*” pág. 447 e seguintes; SÉRVULO CORREIA citado por VIERA DE ANDRADE in ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, obra citada, “*Dever de...*”, pág. 284; AMARAL, DIOGO FREITAS DO, obra citada, “*Direito...*”, pág. 203 e seguintes.

⁶⁰ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, obra citada, “*Dever de...*”, pág. 284

⁶¹ ROGÉRIO SOARES citado por VIERA DE ANDRADE in ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, obra citada, “*Dever de...*”, pág. 284.

⁶² ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, obra citada, “*Dever de...*”, pág. 284

Da nossa parte, e ao contrário do defendido por VIERA DE ANDRADE⁶³, consideremos o dever de fundamentação um requisito formal em sentido amplo, porquanto (e contrapondo o avançado pelo ilustre Autor) o dever de fundamentação serve outros objectivos que não apenas os que respeitam à *externação do ato*, antes estando intimamente ligado ao conteúdo material do mesmo. E assim, a preterição do imperativo de fundamentação comportará um vício formal em sentido amplo e não um mero vício formal em sentido estrito. Neste aspeto acompanhamos a doutrina e jurisprudência francesa⁶⁴ que autonomizam o vício de procedimento (distinguindo-o dos vícios formais que respeitam a formalidades que não contendem com o ato em si) por este respeitar à preparação do ato (procedimento) ao ponto de influenciarem a sua legalidade.

Todavia, esta não é a perspectiva adotada pela Jurisprudência e doutrina maioritária Portuguesa, porquanto não obstante o imperativo de fundamentação se tratar de uma imposição constitucional, a falta deste, a ocorrer, não põe em causa a sua identificabilidade orgânica ou a sua identificabilidade material, mas antes se repercute, apenas e em princípio, na sua ininteligibilidade e justificação perante os interessados, visto que nela estará em causa, à partida, a sua compreensibilidade.

Aliás, constitui corrente jurisprudencial dominante, que o dever de fundamentação é um dever objetivo, que integra o quadro de legalidade ao qual a Administração está sujeita quando pratica atos administrativos, negando a sua natureza de dever correspondente a um direito fundamental dos administrados (de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias⁶⁵), pelo que ao vício de fundamentação⁶⁶, por ser um vício formal, seria mera causa de anulabilidade

⁶³ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, obra citada, “Dever de...”, pág. 286

⁶⁴ AUBY/DRAGO e ISAAC citados por VIERA DE ANDRADE in ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, obra citada, “Dever de...”, pág. 286

⁶⁵ Nesse sentido Acórdão do Tribunal Constitucional nº63/84 de 02/08/1984, nº86/84 de 02/02/1985, nº89/84 de 5/02/1985, nº51/85 de 13/04/1985, nº 150/85 de 19/12/1985, nº32/86 de 9/05/1986 e nº266/87 de 9/05/1986. Em sentido contrário: Acórdão do Tribunal Constitucional nº109/95 de 10/09/1985, nº190/85 de 10/02/1986 e nº78/86 de 14/06/1986

⁶⁶ O vício de fundamentação pode ocorrer de três formas. A Administração poderá não realizar a exteriorização de fundamentos, e aí teremos uma inexistência total de um discurso justificatório; A fundamentação poderá, por outro lado, existir e no entanto ser obscura na medida em que não será possível ao cidadão médio captar a ponderação em que se apoia a decisão. Finalmente, o último vício de fundamentação poderá ocorrer ao nível da sua congruência, devendo considera-se incongruente logo inquinado por um vício de fundamentação, o ato administrativo cujos fundamentos entram em contradição direta com o conteúdo da decisão ou cujos fundamentos não apontem naquele sentido decisório. Deverá considerar-se igualmente incongruente a fundamentação que corresponda a uma má qualidade comunicativa da narrativa, ou seja, não existe uma satisfatória exteriorização da ponderação, por razões de compreensibilidade justificatória da decisão – DUARTE, DAVID, obra citada “Procedimentalização...”, pág. 224 e seguintes

nos termos do disposto no Artigo 163º n° 1 do CPA por violar o disposto nos Artigos 152º e 153º, e nunca nulo por ofensa ao previsto no Artigo 161º n°2 alínea d) do mesmo diploma legal.

Quer isto dizer, que a doutrina e jurisprudência não têm encarado o vício de fundamentação como um vício dotado de um desvalor jurídico tão grave ao ponto de desencadear a nulidade do ato administrativo, a não ser que a falta de fundamentação ofendesse o conteúdo essencial de um direito fundamental, que não o próprio direito à fundamentação enquanto direito autónomo. Sendo que, apenas parte da jurisprudência aceita que o dever de fundamentação adquira esta jus-fundamentalidade ainda que de forma reflexa, ou seja, enquanto garantia de outros direitos fundamentais como é o exemplo do direito à impugnação contenciosa.⁶⁷ Para VIEIRA DE ANDRADE a previsão constitucional do dever de fundamentação teria *consolidado a tendência dominante, tanto na doutrina como na jurisprudência, administrativa e constitucional, que parecem entender (...) que aos administrados é reconhecido um direito à fundamentação, análogo aos direitos, liberdades e garantias*.⁶⁸ Porém, o Autor acaba por referir que essa doutrina e jurisprudência surgiram a propósito de um determinando diploma legal e de uma questão muito específica, pelo que esta questão da natureza jurídica do imperativo de fundamentação não estaria de todo resolvida.

O que se veio a verificar, porquanto VIERA DE ANDRADE refere que essa posição quer doutrinal quer jurisprudencial, surge *num ambiente jurídico-administrativo marcado pela revalorização do direito “formal”, “processual” ou procedimental no contexto (mas de certo modo em contraponto) de um sistema construído com base na vinculação judicialmente controlada da Administração ao direito material, nos termos do princípio da legalidade administrativa*⁶⁹. Todavia, a doutrina e jurisprudência mais recente caminham no sentido oposto, uma vez que se tem assistido a uma desvalorização extremista do direito das formas e, por conseguinte, do imperativo da fundamentação que tem vindo a ser renegado para o patamar das formalidades não essências do ato administrativo (veja-se infra III - *O Princípio do Aproveitamento do Ato – Artigo 163º n°5 do CPA*). Ainda assim, não poderá deixar de se considerar a fundamentação do ato uma exigência formal de grande importância teórica e,

⁶⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional nº594/2008 de 10/12/2008 “Nesta perspectiva, pode concluir-se não existir, em geral, um direito fundamental à fundamentação, ou, sequer um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, mas poder ele vir a ser permeado com as exigências dos direitos fundamentais, pelo menos, naqueles casos em que a fundamentação seja condição indispensável da realização ou garantia dos direitos fundamentais.”

⁶⁸ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA de, obra citada, “Dever de...”, pág. 181

⁶⁹ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA de, obra citada, “Dever de...”, pág. 185

sobretudo prática,⁷⁰ na medida em que, apesar de o nosso ordenamento jurídico não prever um dever de fundamentação global dos atos administrativos, praticamente todos os atos administrativos estão sujeitos a este dever. Sublinhe-se o considerando de LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, segundo o qual *a fundamentação não representa apenas uma exigência formal de validade do acto, relevando igualmente as diversas faces da justiça, da proporcionalidade, da imparcialidade, da tutela efectiva, da transparência e da eficiência do exercício da atividade administrativa, portanto do ato final.*⁷¹

A fundamentação não passa apenas por ser um simples requisito formal do ato; é igualmente indispensável ao controlo legalmente possível por parte dos Tribunais⁷², pois não podendo o poder judicial sindicar o momento e o mérito da decisão, por respeito ao princípio da separação de poderes, podê-lo-á e devê-lo-á fazer no tocante à vinculação do mesmo ao interesse público que se lhe impõe. Além de que é uma forma de a Administração Pública dar conta das suas motivações e de expor as razões porque se decide de determinado modo e não de outro.

É forçoso concluir, em função do até aqui exposto, que a fundamentação, ainda que na qualidade de dever objectivo imposto pela lei à Administração, constitui um importante sustentáculo da legalidade administrativa. Pelo que, e tal como já afiançado por alguma doutrina, o dever de fundamentação, mais concretamente a sua omissão, deverá ser um indício de que determinado ato poderá padecer de vícios com um desvalor jurídico muito superior ao vício de fundamentação, designadamente vícios substanciais⁷³.

Assim, no seguimento do que temos vindo a sustentar, a fundamentação assume um papel muito mais relevante na materialidade do ato do que aquele que a jurisprudência e a doutrina lhe parecem conferir. Da nossa parte, defendemos que a este requisito deverá ser atribuído um certo cunho de radicação material, atendendo não só aos interesses e direitos dos particulares, mas acima de tudo ao interesse máximo prosseguido pelo sujeito público autor do

⁷⁰ DIAS, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO E OLIVEIRA, FERNANDA PAULA, obra citada “*Noções Fundamentais/s ...*”, pág. 257

⁷¹ ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO, obra citada, “Para um...”, pág. 27

⁷² Nesse sentido ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO, “*A fundamentação do ato, tal como a vemos à luz do Artigo 125º do CPA, constitui um meio fundamental através do qual a Administração Pública dá contas das funções desenvolvidas no âmbito do procedimento dirigido à emanação de um ato administrativo*”, obra citada, “Para um...” pág. 27 e 28

⁷³ CUNHA, ESTEVÃO NASCIMENTO DA, *Ilegalidade Externa do Ato Administrativo e Responsabilidade Civil da Administração*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Fevereiro de 2010, pág. 263-268 “*O direito à fundamentação de atos administrativos comporta outros momentos subjectivo além daquele que consiste em informar o particular e permitir-lhe a decisão sobre a impugnação do ato – embora esse seja o principal*”

atoa: o interesse público. Fundamentar é garantir a legalidade das decisões administrativas; é garantir que os fins visados são públicos e não privados, garantir a transparência e isenção da atividade administrativa.

Neste sentido, e tendo presente a conexão que persiste entre os requisitos da fundamentação e o conteúdo material do ato (*ver supra b) Fundamentação Formal e/ou Substancialista*), sempre que a um vício de fundamentação corresponda um desvalor jurídico do ato, este terá de ser considerado nulo por falta de um elemento essencial, como é a fundamentação.

Acontece que, tal como anteriormente frisado, com a reforma do CPA, foram eliminadas (a nosso ver mal) as nulidades por natureza que contendiam com o elemento essencial do ato administrativo, ficando assim vedada a cominação de nulidade dos atos administrativos inquinados por vício de fundamentação, a não ser que esse vício ofenda, porventura, o núcleo essencial de um direito fundamental.

Parece que o legislador mostra um receio, a nosso ver injustificado relativamente às consequências que se poderão retirar das invalidades dos atos administrativos, uma vez que além de ter eliminado a cláusula geral de nulidades, consagrou expressamente o princípio do aproveitamento do ato, desprestigiando aquilo que são as suas formalidades e os seus elementos essenciais, que serão certamente, atendendo ao que já se tem vindo a verificar na jurisprudência, renegadas para o patamar das ditas “não essenciais”.

III - O Princípio do Aproveitamento do Ato – Artigo 163º n.º 5 do CPA

“Não há, propriamente, um dever de convalidar o acto anulável, mas o dever de recompor a legalidade ferida, o que se faz tanto fulminando o acto viciado quanto convalidando-o.”⁷⁴

A recente Reforma do regime jurídico do CPA, e na esteira do que já tinha vindo a ser prática jurisprudencial, implementou no agora n.º 5 do Artigo 165º uma previsão expressa do princípio do aproveitamento do ato. Todavia, e apesar de só agora expressamente consagrado, e no seguimento da doutrina Alemã, a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo tem vindo a adotar este princípio do aproveitamento do ato administrativo (ou teoria dos vícios inoperantes), que tal como decorre do seu valor etimológico, significa a possibilidade conferida pela lei de, perante um ato que está inquinado de um ou vários vícios, não proceder à sua anulação. Esta possibilidade depende de se conseguir perspetivar com segurança, que o novo ato a emitir, isento desse vício, não deixaria de ter o mesmo conteúdo decisório.

Este princípio é, no domínio da apreciação de invalidade dos atos administrativos, o corolário do princípio da economia dos atos públicos, segundo o qual *“utile per inutile non vitiatur”*, no sentido em que, uma das dimensões indispensáveis do interesse público é esta ideia de economia dos meios públicos. Tal ideia passa também pelo aproveitamento de um ato administrativo que apesar de inválido só poderia ter aquele conteúdo, ou acabaria por ter aquele conteúdo, mesmo que tivessem sido cumpridas todas as formalidades exigidas. Neste sentido, o inválido mas útil não se tornará inútil em função da sua invalidade.

Ao princípio do aproveitamento do ato estão indubitavelmente associadas formalidades essenciais⁷⁵ que ditam a sua anulabilidade ao abrigo do disposto do n.º 1 do Artigo 163º do CPA, mas em relação às quais o efeito anulatório não se concretizará no caso de virem a ser omitidas/preteridas pela Administração. São exemplo disso, a audiência dos interessados e o dever de fundamentação. Assim, o vício formal ou procedimental que implicaria à luz daquela

⁷⁴ EDMIR NETTO DE ARAÚJO

⁷⁵ As formalidades essenciais condicionam a validade do ato administrativo. Nesse sentido e para uma possível noção e distinção entre aquilo que são formalidades essenciais e não essenciais do ato administrativo vide AMARAL, DIOGO FREITAS DO, obra citada *“Curso de...”*, pág. 345-346

norma a anulabilidade do ato, passou a gerar uma mera irregularidade⁷⁶, ao abrigo do agora n° 5 do Artigo 163° do CPA, na medida em que o ato irá permanecer no ordenamento jurídico e produzirá os seus efeitos tal-qual um ato administrativo válido.

E se no regime anterior, com o artigo 103° do CPA, apenas era possível a aplicação deste princípio aos atos vinculados, ou seja, àqueles atos que só poderiam ter o conteúdo que a lei expressamente previsse, independentemente de quaisquer formalidades, o novo regime do n° 5 do atual Artigo 163° do Código, passou a prever essa possibilidade não só para os atos vinculados, mas também para os atos administrativos praticados no exercício de poderes discricionários.⁷⁷

Pelo que podemos desde já, e de forma sucinta, delinear os traços gerais deste princípio nos seguintes termos: é um princípio que passou a ter previsão expressa no nosso ordenamento jurídico, cuja aplicação aos atos administrativos inválidos depende da omissão de formalidades essenciais que importam a anulabilidade⁷⁸ do ato e que, apesar dessas omissões, i) o cumprimento das formalidades acaba por ser conseguido de outra forma ou realizada posteriormente; ii) ou então, quando o conteúdo do ato não possa ser outro senão o previsto na lei, no caso de atos vinculados; iii) ou se comprove, sem margem para dúvidas, que mesmo sem o vício o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo.

Tal como anteriormente referido, a doutrina tem-se dividido quanto ao estado do ato administrativo inválido quando decorre o prazo de um ano sobre a sua prática, ou seja, quando decorra o prazo máximo permitido por lei para a sua impugnação. Se por um lado, parte da doutrina entende que o ato administrativo inválido se convalida e se torna num ato válido pelo simples decurso do tempo⁷⁹, outra parte entende por seu turno que o mero decurso do tempo torna o ato inimpugnável e não válido, defendendo que o ato não se convalida em ato válido

⁷⁶ CUNHA, ESTEVÃO NASCIMENTO DA, *“a distinção entre formalidades essenciais, também chamadas substanciais, cuja violação gera a invalidade do ato possibilita a sua anulação (quando não origem nulidade) e formalidades não essenciais, também chamadas acessórias, cuja violação origina mera irregularidade não invalidante.”*, obra citada, *“Ilegalidade...”*, pág. 169

⁷⁷ Tal como já previa a lei do procedimento alemão

⁷⁸ O princípio do aproveitamento do ato não “aproveita” aos atos nulos. Apesar de que a reforma passou a possibilitar que os atos nulos sejam susceptíveis de reforma e conversão, enquanto o regime anterior previa que os atos nulos não eram susceptíveis de ratificação, reforma e conversão.

⁷⁹ Nesse sentido MARCELO CAETANO *“Manual de Direito Administrativo, Volume I”*, pág. 540 e 541 e AMARAL, DIOGO FREITAS DO, obra citada *“Curso de...”*, pág. 464 e 465

antes se consolida no ordenamento jurídico, produzindo, ainda assim, plenamente os seus efeitos⁸⁰.

Então um ato inválido, ao qual tenham aplicado o princípio do aproveitamento do ato, é um ato válido no seguimento do defendido pela primeira corrente doutrinária? Ou continua a ser um ato inválido mas consolidado tal como sucede com os atos administrativos inimpugnáveis no entendimento da segunda corrente doutrinária? O nosso entendimento segue a segunda corrente doutrinária, uma vez que a sentença que decreta o aproveitamento do ato inválido não sana o vício que o inquina. O ato administrativo é simplesmente aproveitado e produzirá os seus efeitos tal-qual como no momento em que foi praticado.⁸¹

No caso do dever de fundamentação e da sua omissão e preterição enquanto requisito essencial do ato administrativo, parece-nos que se deverá optar pela não aplicação deste princípio do aproveitamento do ato à fundamentação. A Fundamentação, a par da decisão, acaba por ser o resultado de um procedimento complexo, durante o qual a Administração reúne, ou deveria reunir, todos os elementos necessários e de que depende a prática do ato, e isso abrange os motivos e o fim da decisão administrativa.

Pelo que se presume que a Administração dispõe de toda a informação necessária que lhe permita fundamentar a sua decisão. Se não o fez, ou se o fez de forma insuficiente, incongruente e/ou obscura, é inconcebível que seja possível fornecer aos juiz administrativo todos os elementos necessários para que este, sem margem para dúvidas, conclua que o ato mesmo sem o vício, teria sido praticado com o mesmo conteúdo, principalmente no que respeita aos atos praticados no exercício de poderes discricionários.⁸²

A especificidade do dever de fundamentação e a função que desempenha até quanto à própria Administração, obrigando-a a uma ponderação mais cuidadosa⁸³, não é compatível e afasta a possibilidade de que um ato inválido devido a um vício de fundamentação. Como bem

⁸⁰ Nesse sentido VIEIRA DE ANDRADE, *Discrecionabilidade e Reforma dos Atos Administrativos Vinculados Desfavoráveis*, Cadernos de Justiça Administrativa nº11, Setembro/Outubro 1998, pág. 11-15; VASCO PEREIRA da SILVA, obra citada “*Em Busca...*” OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES, GONÇALVES, PEDRO E AMORIM, JOÃO PACHECO DE, *CPA Anotado*, 2ª Edição, Almedina, pág. 661

⁸¹ No entendimento de QUEIRÓ, AFONSO, *O ato que se mantém de pé é o ato impugnado e não um ato do Tribunal* – Anotação ao Acórdão de 10 de Novembro de 1983, in RLJ, ano 177, 1984-85, pág. 142 a 149.

⁸² Nesse sentido DUARTE, DAVID “*os fundamentos da decisão podem ser conhecidos, por exemplo por contactos procedimentais prévios, avaliando-se assim a fungibilidade real da narração exterior dos fundamentos, na perspectiva da racionalização da decisão, não se conhece qualquer outro meio que garanta a função de ordenação de interesses que a fundamentação incorpora*”, obra citada “*Procedimentalização...*”, pág. 223

⁸³ Nesse sentido CUNHA, ESTEVÃO NASCIMENTO DA, obra citada “*Illegalidade...*”, pág. 171

se diz na declaração de voto anexa ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 21/02/2008, processo nº 084/05, “*na relação procedimento/processo, tem de exigir-se que o procedimento recolha sempre toda a matéria de facto relevante pois não é objectivo do processo contencioso reabrir a instrução para recolher os factos necessários à decisão administrativa, nem sequer reabrir a instrução para efetuar o controlo da suficiência ou não da prova recolhida, juízo este que cabe efetuar-se no procedimento.*”

Assim, e salvo melhor opinião, defendemos que o dever de fundamentação não se compagina com o princípio do aproveitamento do ato. Neste sentido entendemos que não deverá ser aproveitado o ato inválido por vício de fundamentação, por duas grandes ordens de razão; em primeiro lugar, porque essa possibilidade não permite que se *comprove, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo*, tal como exige a alínea c) do nº 5 do Artigo 163º do CPA. Em segundo lugar, por não ser possível concretizar esta formalidade essencial do ato por outra via (alínea b) do nº5 do mesmo preceito legal) ou em momento posterior.⁸⁴

E aproveitando o ensejo, diga-se que a previsão expressa deste princípio irá agravar aquilo que a jurisprudência há muito tem vindo a permitir: a degeneração das formalidades essenciais em não essenciais.⁸⁵ Tais formalidades por serem, ou passarem a ser, consideradas não essenciais, comportarão uma mera irregularidade do ato administrativo, permitindo ao órgão decisor, e até ao juiz administrativo, “disfarçar” uma invalidade de irregularidade, com um grave prejuízo para o interesse público e para a legalidade das decisões administrativas. Parece-nos que a jurisprudência adotou uma espécie de “teoria de graduação de legalidades”, separando-se os atos com um elevado grau de ilegalidade e insuscetíveis de aproveitamento, daqueles atos menos ilegais e, por isso, suscetíveis de aproveitamento. Com o devido respeito, não podemos deixar de evidenciar que um ato ilegal é ilegal, independentemente do grau de ilegalidade de que padece, não se tornando legal pelo facto de o juiz administrativo ter

⁸⁴ A Fundamentação *a posteriori* é tão inconcebível quanto controversa, uma vez que se concretiza numa fase do procedimento que precede a decisão e não numa fase posterior. Além de que, ao se permitir que o órgão decisor fundamente a sua decisão *a posteriori* estaremos a permitir a fundamentação “fabricada” e falseada, violando grosseiramente os princípios da transparência, da boa administração e da prossecução do interesse público.

⁸⁵ Tal como avançou MATOS, ANDRÉ SALGADO DE “*os tribunais administrativos, pouco embaraçados pela ausência de habilitação legal, determinam o aproveitamento do ato administrativo em centenas de casos por ano, muitos deles em circunstâncias claramente abusivas e com grave prejuízo da legalidade objetiva e das posições jurídicas dos particulares – tendência indesejável que deveria ser contrariada, mas que se teme que a consagração legal das soluções preconizadas pelo projeto venha legitimar e, com isso, agravar*”, A Invalidade do Ato Administrativo no Projeto de Revisão do Código de Procedimento Administrativo in Cadernos de Justiça Administrativa nº 100, Julho/Agosto de 2013, Pág. 62 e 63

considerado o ato menos ilegal e, portanto, tê-lo aproveitado para que produzisse plenamente todos os seus efeitos como se de um ato válido se tratasse.⁸⁶

A solução que tem vindo a ser adotada pelos Tribunais Administrativos Portugueses, e agora pelo nº 3 do Artigo 165º do CPA, é muito mais ampla do que aquela consagrada pelo direito italiano no Artigo 21º nº2 1ª frase da Lei 241/1990 – este apenas consagra o princípio do aproveitamento do ato relativamente aos atos administrativos vinculados e inquinados por vícios procedimentais. Já a solução no direito alemão é completamente oposta - §46 da Lei do Procedimento Alemão – afastando-se a pretensão anulatória quando sejam violadas disposições sobre o procedimento, a forma ou a competência territorial.

A lei do procedimento portuguesa, no seguimento do direito alemão, caminhou no sentido do desprestígio das formalidades próprias e essenciais do ato administrativo, abrindo portas, outrossim, à falta de transparência, probidade e eficiência das decisões administrativas; e sobretudo, à ilegalidade de atos administrativos que se querem legais e conformes ao direito administrativo.

⁸⁶ De acordo com MACHETE, PEDRO “*Trata-se, por conseguinte, de uma faculdade do juiz afastar o efeito anulatório, nos casos em que se verifique uma identidade entre o conteúdo (real ou efetivo) do ato anulável e o conteúdo hipotético do ato válido*” in CJA nº 101 Setembro/Outubro 2013, *Os Limites do Aproveitamento do Ato Administrativo*, pág. 65

Parte II – O Dever de Fundamentação no Direito da Contratação Pública

“A mais bela função da humanidade é a de administrar com justiça.”⁸⁷

I – Breves Considerandos

O princípio da prossecução do interesse público constitui um dos mais importantes limites à margem da livre decisão administrativa, assumindo, por essa via, um duplo alcance. A Administração Pública só pode prosseguir interesses públicos, estando consequentemente proibida de prosseguir, ainda que acessoriamente, interesses privados, só poderá prosseguir os interesses públicos especificamente definidos por lei para cada concreta atuação normativamente habilitada.⁸⁸ Uma atuação administrativa que prossiga interesses privados ou interesses públicos alheios à finalidade normativa do poder exercido é ilegal, e está inquinada de desvio de poder.

O conceito de interesse público reveste-se de um elevado grau de indeterminação, pelo que a administração goza de uma ampla margem de decisão quanto ao *modus faciendi* da sua prossecução. Em tempos discutiu-se se a administração, em ordem de prover ao cumprimento dos fins a que está vinculada, deveria atuar obrigatoriamente mediante

⁸⁷ VOLTAIRE

⁸⁸ ESTORNINHO, MARIA JOÃO considera que “A liberdade de celebração de contratos traduz-se na decisão administrativa de celebrar ou não contratos quando as circunstâncias legais que permitem a sua celebração se verifiquem, mas essa opção nunca pode ser tomada se tais circunstâncias não ocorrerem”, *Curso de Direito dos Contos Públicos: Por Uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, 2012, pág. 382

a prática de um ato administrativo, ou se, pelo contrário, poderia optar e escolher o meio a utilizar, como por exemplo, o contrato administrativo. E se é verdade que existem campos de atuação que pela sua natureza estão subtraídos ao regime contratual, a verdade é que elencar os campos de atuação sobre os quais, ou relativamente aos quais, a administração não pode recorrer à via contratual, é cada vez mais complicado.⁸⁹

Todavia, apesar de se ter defendido não ser possível, no âmbito do Direito Público, conjugar as vontades do Estado e dos particulares num plano de igualdade, tal como é de se esperar num contrato, uma vez que um contrato celebrado pela Administração Pública nestes termos não passaria de um ato administrativo dependente da aceitação do seu destinatário⁹⁰; a verdade é que, e concretamente em Portugal, o uso do contrato por parte da Administração Pública passou a ser encarado como o exercício pela pessoa coletiva pública da faculdade de formular com alguma autonomia as suas pretensões, conceção essa que o CPA de 1991 veio consagrar de modo expresse⁹¹. Estamos hoje, portanto, perante uma verdadeira autonomia contratual pública, na medida em que a Administração toma a iniciativa de contratar com outrem, em vez de praticar um ato administrativo, com o objectivo de concretizar o fim ou fins que a si foram incumbidos por lei.

Atualmente é pacífica, não sendo mais alvo de grande discussão, a dicotomia entre ato e contrato administrativo, pelo que não se questiona se a Administração pode ou não recorrer ao contrato, mas sim quando e em que termos.⁹² Quer isto dizer que, não obstante essa

⁸⁹ESTORNINHO, MARIA JOÃO, obra citada “Curso de...”, pág. 381

⁹⁰ OTTO MAYER assumiu a regra de que tudo o que é igual por natureza deve ser regulado de forma igual. Assim, sempre que o Estado se inserisse numa relação idêntica à que se estabelece entre os particulares, ou seja, quando celebrasse um contrato, ter-se-iam de aplicar as regras de Direito Civil. O que significa, que na óptica deste Autor, o Estado celebraria contratos nos termos do Direito Privado. Porém, quando o Estado se inserisse numa relação de direito público aplicar-se-iam as regras de Direito Público, pelo que seria inviável a celebração de um contrato à luz das disposições de Direito Público. Nesse sentido vide OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemón*, Volume I, 1949, pág. 184 e seguintes

⁹¹ SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Reimpressão, Almedina, 2013; ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *Réquiem Pelo Contrato Administrativo*, 1990, pág. 41-59. Na doutrina estrangeira o Autor . BREWER-CARÍAS, ALLAN-R defende que “A Administração, portanto, se bem que preponderadamente regulada pelo Direito Administrativo, na actualidade está submetida tanto ao Direito Público como ao Direito Privado e a sua atividade ainda que regida por ambos os ramos, será sempre uma atividade Administrativa. Não há, na realidade, atividade privada da administração. Assim como, não existem atos privados da administração, tampouco existe, claramente, contratos de direito privado da Administração. A atividade administrativa – e, em geral, todos os sujeitos de Direito Administrativo – está submetida a um regime preponderante de direito administrativo ou preponderante de direito privado, mas isto não autoriza concluir que na primeira hipótese a atividade seja administrativa e, na segunda, seja privada.”, *Evolução do Conceito do Contrato Administrativo*, Revista de Direito Público, v. 51-52, 1979, pág.13

⁹² Está aqui em causa o princípio da legalidade quanto à oportunidade e conteúdo do contrato, e já não quanto há permissibilidade de contratar ou não. Esta opção pela contratação individualiza o contrato como meio, naquele caso, mais indicado para prosseguir o fim estabelecido.

permissibilidade do recurso ao contrato administrativo enquanto meio para um fim⁹³, a verdade é que a Administração está limitada quanto à oportunidade da sua celebração, ou seja, relativamente ao momento em que o pode fazer e em relação ao respetivo objeto.⁹⁴

Pela nossa parte, acreditamos que os pressupostos desta permissibilidade deverão ser demonstrados em concreto, sempre que a Administração opte por celebrar um contrato. Desde logo por respeito ao disposto no Artigo 278º do CCP na parte em que dispõe que as entidades administrativas *podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer*. Mas também por respeito aos princípios da legalidade⁹⁵, da prossecução do interesse público⁹⁶, da justiça e da razoabilidade⁹⁷.

O respeito por estes princípios implica que a Administração, nas suas várias formas de atuação, obedeça aos limites dos poderes que lhe forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins. Pelo que, quando opte por celebrar um contrato administrativo a Administração deverá proceder a uma ponderação cuidadosa quanto à necessidade do contrato, à necessidade de recorrer aos particulares, à necessidade de se contratar naqueles termos e com aquela particular. No fundo, a Administração terá de fundamentar os motivos que a levaram a optar por aquela via e não por outra, ou seja, terá de fundamentar a decisão de contratar e de celebrar o contrato naqueles termos e com aquele co-contratante.

O atual regime da Contratação Pública prevê vários momentos ao longo do procedimento da contratação, nos quais a entidade adjudicante está a obrigada a cumprir o dever de fundamentação. Todavia, defendemos (a par com a doutrina Italiana) a existência de um procedimento pré-procedimental que antecede o procedimento pré-contratual, onde nasce a vontade de contratar que será manifestada pela Administração Pública. No fundo, é neste pré-estágio do procedimento da contratação pública, que nascem os primeiros fundamentos do contrato.

⁹³O próprio Artigo 278º do CCP consagra o princípio geral de permissibilidade de recurso ao contrato administrativo.

⁹⁴ LEITÃO, ALEXANDRA in ESTORNINHO, MARIA JOÃO e LEITÃO, ALEXANDRA, *Contratos de Associação Celebrados entre o Ministério da Educação e os Estabelecimentos Particulares e Cooperativos de Ensino: Natureza e Regime*, in *Revista de Contratos Públicos*, CDIPRE, 2012

⁹⁵ Artigo 3º do CPA.

⁹⁶ Artigo 4º do CPA.

⁹⁷ Artigo 8º do CPA.

II – Fundamentação no Procedimento Pré-Procedimental

“A prepósito do desvio de poder: verificar sob a roupagem do ato os verdadeiros contornos da sua essência.”⁹⁸

a) O Procedimento Pré-Procedimental

Não obstante no contrato coexistirem duas vontades coincidentes, a do contraente público e a do co-contraente, o contrato nasce de um procedimento administrativo: o procedimento de contratação pública que mais não é do que a sucessão ordenada de atos e formalidades em vista a concretização e execução de uma vontade administrativa de contratar. Esta vontade de contratar é fruto de uma espécie de micro procedimento, ao que a doutrina italiana chama de fase pré – procedimental.⁹⁹

Para ANGELO e SALVATORE BUSCEMA haverá que ter em mente que existe uma atividade administrativa bastante relevante e nem sempre regulada adequadamente, que ocorre antes de ser proferida a decisão de contratar propriamente dita. Este é o momento, após a identificação do interesse que se pretende prosseguir ou da necessidade que se pretende satisfazer, em concreto¹⁰⁰, onde a entidade Pública decide se irá ou não principiar um procedimento.

Na doutrina portuguesa MIGUEL ASSIS RAIMUNDO¹⁰¹ e MELO ALEXANDRINO¹⁰² reconhecem a existência dessa figura jurídica de criação jurisprudencial italiana. No entanto, não a concretizam nem a encaram com o mesmo significado que lhe é conferido pelos autores italianos. Para estes ilustres autores, a fase pré-procedimental corresponde a uma fase de estímulos ou impulsos procedimentais que indicam à Administração Pública a necessidade de celebrar um contrato para a satisfação de uma necessidade coletiva. Apenas MIGUEL ASSIS

⁹⁸ CAIO TÁCITO

⁹⁹ ANGELO e SALVATORE BUSCEMA, *Tratto di Diritto Amministrativo – Diretto da G. Santinello – I Contratti della Pubblica Amministrazione, Volume Settimo*, pág. 75 e seguintes

¹⁰⁰ A Administração Pública está abstractamente vinculada aos fins que deve, obrigatoriamente, prosseguir. Não tendo margem de decisão quanto aos fins a que está abstractamente vinculada. Todavia, em concreto, a Administração identifica a necessidade que é preciso satisfazer e qual o meio idóneo para a sua satisfação.

¹⁰¹ Obra Citada, “*Formação...*”, pág. 691 e seguintes

¹⁰² ALEXANDRINO, JOSÉ MELO DE, *O Procedimento Pré-Contratual nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas*, AAFDL, 1997, pág. 111 e seguintes

RAIMUNDO¹⁰³ chega a concretizar que estes impulsos pré-procedimentais poderão, no máximo, indiciar quais os motivos que levaram uma entidade adjudicante a considerar a possibilidade de contratar.

Esta fase pré-procedimental mostra-se particularmente importante uma vez que, além de o órgão competente demonstrar a sua vontade de contratar, a contratação passa a ser encarada como um instrumento para prosseguir um interesse institucionalizado, expondo-se, por conseguinte, as razões e os motivos que determinam a oportunidade de concluir um certo negócio.

Mas, como bem denota PAREJO ALFONSO¹⁰⁴, ao lado desta relevância que lhe foi sendo concedida por alguma jurisprudência e grande parte da doutrina, em especial em Itália mas também em Espanha, existe uma extrema dificuldade em efetivar um controlo jurídico e jurisdicional deste micro procedimento. Por se tratar de uma fase juridicamente não regulada, portanto informal, acaba por ser subtraída ao controlo das instâncias jurisdicionais. Assiste-se antes, a uma crescente preocupação em formalizar minuciosamente o procedimento de formação de contratos, desde o momento da sua aprovação, até à sua conclusão¹⁰⁵, menosprezando-se o facto de o procedimento e, consequentemente o contrato, *saírem das sombras daquele trabalho preparatório*.¹⁰⁶

Nota-se, portanto, que os procedimentos concursais beneficiam em grande parte de uma legislação centrada na garantia de imparcialidade e igualdade na escolha do co-contratante em prejuízo dos interesses que legitimam o contrato. A Administração não prossegue determinados interesses nem satisfaz certas necessidades para recorrer aos particulares ou ao contrato, outrossim recorre ao contrato e, maioritariamente aos privados, por ter interesses e necessidades coletivas para prosseguir e satisfazer. O interesse público é que legitima o contrato e não o contrário, pelo que se afigura indispensável a criação de medidas de controlo que visem adequar a Administração aos seus fins¹⁰⁷ e não os fins à Administração. Desta forma, garante-se que o recurso ao contrato é ajustado à realidade e, ao mesmo tempo é necessário, eficiente e integrador de todos os interesses relevantes. Para tal, a entidade decisora terá de assegurar a

¹⁰³ Obra citada, “Formação...”, pág. 694

¹⁰⁴ ALFONSO, LUCIANO PAREJO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 7ª Edição, 2014, pág. 503

¹⁰⁵ Nesse sentido L. RAMSEY, *The New Public Procurement Directives: A Partial Solution to the Problem of Procurement Compliance*, 2006, 12 European Public Law, Issue 2, pág. 277

¹⁰⁶ ANGELO e SALVATORE BUSCEMA, obra citada, “Trattato...”, pág. 76

¹⁰⁷ GOODNOW, FRANK JOHNSON, *The Principles of the Administrative Law of the United States*, 1905, New York, London, G.P. Putnam’s Sons, Pág. 369

transparência e legalidade do contrato, garantindo a sua visibilidade para o exterior¹⁰⁸ para que fique assegurado o controlo da legalidade do contrato por terceiros¹⁰⁹, mas essencialmente pelas instâncias jurisdicionais.

É indiscutível que a contratação pública tem como objectivo principal o fim público que o contrato visa, e que este, por sua vez, é fruto da fase pré-procedimental a que acima se fez referência. Esta fase apesar de subtraída aos olhos da legalidade, termina, caso se opte por prosseguir pela via contratual, com a prática do ato propulsor de todo o procedimento de contratação pública: a decisão de contratar.

Cremos que persistem razões que nos levam a afirmar veementemente que a decisão de contratar tem uma dupla face. Por um lado é o ato final da fase pré-procedimental, e por outro, é o ato inicial do procedimento de formação do contrato. E ainda que a lei regule todos os aspetos relativos à formação e execução dos contratos públicos, estes pressupõe sempre um ato legitimador que é a decisão de contratar.¹¹⁰ Não queremos com isto propugnar, sob pena de se tornar o procedimento demasiado rígido o burocratizado, uma regulação extrema da decisão de contratar no sentido de positivar e regular a fase pré-procedimental tal-qual se regula o procedimento de contratação pública. O que se pretende é que, a decisão de contratar enquanto ato final deste pré-procedimento, se consiga legitimar o procedimento e comprovar a sua coerência programática.¹¹¹

Assim, a fundamentação do contrato que procuramos aqui sustentar e defender de forma acérrima, ocorrerá, maioritariamente, na fase pré-procedimental a que se refere a doutrina italiana nas vozes de ANGELO e SALVATORE BUSCEMA, na doutrina espanhola na voz de PAREJO ALFONSO e, concretamente em Portugal, nas vozes de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO e MELO ALEXANDRINO, e será concretizada ou cumprida na decisão de contratar enquanto ato que marca o fim da fase pré-procedimental e o início da fase pré- contratual.

¹⁰⁸ DUARTE, DAVID, obra citada, “Procedimentalização...”

¹⁰⁹ Segundo SOUSA, MARCELO REBELO DE, “Nós estamos a administrar sob o olhar atento, operante, interventor e permanente do administrado.”, in “Administração Pública e Direito Administrativo em Portugal”, AAFDL, 1992, 79-80

¹¹⁰ ANGELO E SALVATORE BUSCEMA, obra citada, “Trattato...”, pág. 79

¹¹¹ Para ANGELO E SALVATORE BUSCEMA a decisão de contratar constitui o instrumento jurídico que garante a aplicação do direito substantivo, no qual será encontrada a legitimação do exercício de uma determinada atividade contratual.

b) Dever de Fundamentação da Decisão de Contratar

Tal como já anteriormente referido, ao abrigo do disposto no Artigo 36º do CCP, o procedimento de formação dos contratos públicos inicia-se com a decisão de contratar. Como também já avançamos a decisão de contratar, por se tratar do ato que marca o fim da fase pré-procedimental e, caso se opte pela via contratual, o início da fase pré-contratual, deverá ser considerado o ato legitimador e fundamentador do contrato.

Defendemos portanto com convicção, que a decisão de contratar está sujeita ao dever de fundamentação imposto à Administração; não só por ser fruto do trabalho preparatório a que se referem ANGELO E SALVATORE BUSCEMA, e nessa perspetiva fundamentar ainda que internamente a opção que é tomada no sentido de se lançar mão do contrato, mas também porque a decisão de contratar, não obstante a discussão doutrinária relativamente a esta questão, é, na verdade, uma decisão administrativa equiparada a um ato administrativo.

Todavia, parte da doutrina tem passado uma ideia um tanto apagada ao papel que a decisão assume no procedimento, considerando-a o elo mais fraco das primeiras três decisões que são tomadas no procedimento¹¹². Para esta parte da doutrina a decisão de contratar é uma mera decisão interna que em nada vincula a administração, uma vez que esta, caso assim o entenda, poderá revogá-la livremente até à publicação do anúncio - este sim o verdadeiro ato propulsor do procedimento e, nesta perspetiva, vinculador da Administração.¹¹³

Não concordamos com esta corrente doutrinária; não no que concerne ao carácter interno da decisão de contratar, mas no que diz respeito ao contraponto que é feito entre a decisão de contratar e o anúncio. Tal como avança JORGE ANDRADE DA SILVA¹¹⁴ na anotação ao CCP, o anúncio releva tão só como forma de tutela do princípio da concorrência e impulsionador da igualdade entre todos os interessados no procedimento. Também GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE¹¹⁵ no comentário ao Artigo 36º do Códigos dos

¹¹² Observação de DUARTE, TIAGO relativamente ao protagonizado pela doutrina in “A Decisão de Contratar no CCP”, *Estudos da Contratação Pública I*

¹¹³ MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concurso e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, pág. 780. Também nesse sentido, não obstante assumir que a decisão de contratar é o ato que marca o início o procedimento, no entanto é o ato de abertura do concurso que marca o início oficial daquele, vide CABRAL, MARGARIDA OLAZABAL, *Concurso Público nos Contratos Administrativo*, 1999, Pág. 141

¹¹⁴ “Implicando a concorrência igualdade e transparência na tramitação dos procedimentos adjudicatórios dos contratos, e sendo, nesse campo a concorrência elemento essencial, essenciais são as formalidades que a promovem e garantem (...) Este CCP limitou a função do anúncio à mera divulgação do procedimento de contratação”, obra citada, “Código dos...”, pág. 422

¹¹⁵ Obra citada, “Código dos...”, pág. 195

Contratos Públicos, referem que apenas na legislação anterior se estabelecia que o ato de abertura do concurso público se dava com o anúncio e, por conseguinte, que marcava o início desse procedimento. Mas que no entanto, com a entrada em vigor do Códigos dos Contratos Públicos, tal como já sindicado por SÉRVULO CORREIA¹¹⁶, a decisão de contratar expressamente consagrada como o ato que dita o início do procedimento de formação dos contratos públicos.

Por esta mesma razão, a decisão de contratar além de consubstanciar uma verdadeira decisão administrativa¹¹⁷, assume um papel legitimador do procedimento e, por essa mesma via, do contrato a celebrar, assim como assume também por essa mesma via, um papel de proteção do interesse público subjacente ao contrato. Pelo que não compreendemos que a doutrina tente diminuir a verdadeira génese e relevância da decisão de contratar no ceio do procedimento, doutrina que tem o procedimento para a formação de contratos públicos como um dado adquirido, assumindo uma atitude deveras passiva quanto à oportunidade, mérito e necessidade de se recorrer a um contrato.

O mesmo se diga do legislador que, apesar de ter consagrado a decisão de contratar como o ato propulsor do procedimento, parece tê-lo esvaziado de qualquer efeito útil e juridicamente relevante, optando por regular, até de forma rígida, a formação e execução dos contratos públicos em benefício dos princípios da concorrência e da igualdade de oportunidades para os interessados no procedimento, mas em prejuízo dos princípios da prossecução do interesse público, da transparência e da legalidade da atividade administrativa, devido à falta de uma regulação mais cuidada da decisão de contratar e aos seu respectivos efeitos.

Lamenta-se que, ao contrário do que sucedia com a deliberação de contratar anteriormente prevista no Artigo 8º nº2 do Decreto-lei nº55/95, de 29 de Março, o CCP (que revogou aquele diploma legal) não preveja expressamente para a decisão de contratar o dever de fundamentação. Não se compreende esta opção do legislador, porquanto submeteu a Administração à obrigação de fundamentar um ato vinculado como decisão da escolha do procedimento, e não enveredou pelo mesmo caminho relativamente a um ato praticado não apenas no exercício de poderes discricionários mas também ao abrigo da autonomia contratual

¹¹⁶ Obra citada, “*Legalidade...*”, pág. 537 e seguintes

¹¹⁷ Alguma doutrina defende inclusive que a decisão de contratar se trata de um verdadeiro ato administrativo ao contrário do anúncio. Nesse sentido ESTORNINHO, MARIA JOÃO alerta para a importância de se proceder à distinção entre a decisão de contratar e a publicação do anúncio, por entender que no primeiro caso estamos perante uma decisão, um verdadeiro ato administrativo, enquanto no segundo estamos perante uma mera formalidade de publicidade do primeiro. In *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português*, Almedina, 2006, pág. 381

pública, que ao contrário dos atos praticados sob poder discricionário (cuja exigência de submissão ao interesse público está qualificado com algum grau de precisão na lei), é o resultado de um juízo autónomo da entidade administrativa.¹¹⁸

Portanto, se se equaciona e prevê um dever de fundamentação para atos vinculados, os atos praticados ao abrigo não só de poderes discricionários, mas no âmbito da autonomia contratual pública terão de ser obrigatoriamente fundamentados, por serem suscetíveis (tendo em conta a margem de livre decisão da Administração), de violar não só os interesses dos particulares, mas também o próprio interesse público. Por conseguinte, a sua fundamentação permitirá a concretização do juízo feito pela entidade pública, na fase pré-procedimental, possibilitando assim o entendimento de que a decisão de contratar é o resultado de um juízo lógico de ponderação e não, como já se disse, o resultado de uma vontade arbitrária ou o resultado da *intuição dos seus autores*.¹¹⁹

Por outro lado, ainda que se siga o entendimento de que a decisão de contratar é um ato meramente interno¹²⁰ e que apenas produz efeitos no ceio da própria administração, este não deixa de ser uma decisão com uma estrutura muito semelhante à de um ato administrativo, porquanto exprime efetivamente uma vontade e, até uma vontade procedimental¹²¹, da Administração.¹²² Nessa perspetiva, não obstante a falta de produção de feitos externos, defendemos veementemente, ainda assim, a submissão da decisão de contratar ao dever de fundamentação, pelos mesmos motivos até aqui expostos, mormente a necessidade de o recurso à contratação pública ser o resultado de uma ponderação e escrutínio da Administração Pública no que diz respeito à realização da despesa, para que seja possível, por esta via, proceder a um

¹¹⁸ SÉRVULO CORREIA, obra citada, “*Legalidade...*”, pág. 661

¹¹⁹ GOMES, JOSÉ OSVALDO, obra citada, “*Fundamentação...*”, pág. 23 e seguintes

¹²⁰ AMORIM, JOÃO PACHECO DE, “*As Garantias Administrativas no CCP*”, *Estudos de Contratação Pública – II*, pág. 211

¹²¹ Se considerarmos o entendimento de GONZÁLEZ NAVARRO de que este momento inicial denominado de fase pré-procedimental configura um verdadeiro procedimento. No ordenamento jurídico Espanhol, o legislador optou por regular a contratação administrativa (assim se refere NAVARRO ao procedimento de contratação) de forma compartimentada. Antes de e dar a fase de escolha do co-contratante (a nossa fase pré-contratual) ocorre um procedimento de elaboração, aprovação e planeamento do projecto (no caso das obras públicas, por exemplo), a fim de se verificar se estão reunidas as condições para a concretização do contrato. Esta fase que NAVARRO qualifica como um procedimento autónomo, corresponde à fase pré-procedimental a que se refere a doutrina italiana – NAVARRO, GONZÁLEZ FRANCISCO, *Procedimento Administrativo Comum, Procedimento Triangulares y Procedimientos Complejos*, in *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 40, pág. 448

¹²² Para GIANNINI a decisão de contratar tem como elemento fundamental a motivação, in obra citada, “*Motivazione...*”

controlo relativamente à despesa que é realizada e à necessidade de a realizar com a celebração dos contratos.¹²³

A fundamentação do contrato, conseguida, em grande parte, através da fundamentação da decisão de contratar, irá permitir aos órgãos fiscalizadores, *máxime* ao Tribunal de Contas, aferir da oportunidade e necessidade do contrato e da realização da despesa que permitiu que o contrato fosse celebrado, possibilitando, desta forma, um controlo das decisões administrativas de cariz económico-financeiro como é o caso desta que conduzirá, indubitavelmente se publicitada através do anúncio¹²⁴, à celebração do contrato.

Aqui chegados impõe-se a questão: até que ponto será exigível uma fiscalização por parte do Tribunal de Contas que incida também sobre contratos com valor superior a determinado montante? Queremos com isto sublinhar a utilidade prática de um controlo *ab initio*, em detrimento de um controlo limitado a uma fase posterior, cujo resultado não comportará qualquer efeito útil quando aos aspetos que aqui mais nos importam.

A Lei nº 98/97, de 29 de Agosto prevê no seu Artigo 44º nº 1 *que a fiscalização prévia tem por fim verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas estão conforme às leis em vigor e se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria*, pelo que se após esta fiscalização, o Tribunal de Contas chegasse à conclusão de que o contrato não tinha cabimento orçamental, ou então que a realização da despesa derivada desse contrato não estava conforme a ordem jurídica, esse mesmo contrato não poderia, em princípio, produzir os seus efeitos.¹²⁵

Sucede que, esta intervenção encabeçada pelo Tribunal de Contas aquando da fiscalização prévia, apenas se concretiza após a adjudicação do contrato, que segundo tem sido entendido pela doutrina é o momento onde deve e pode acontecer, porquanto o visto do tribunal de contas, ainda que de carácter preventivo, não contém em si uma vertente repressiva.¹²⁶

Mas como sublinha, e a nosso ver bem, o preâmbulo do Decreto nº 5525, de 9 de Maio de 1919, relativamente à fiscalização preventiva, *em toda a parte se tem a noção de que mais*

¹²³ AMORIM, JOÃO PACHECO DE releva a importância deste tipo de ato interno para o direito financeiro, precisamente nesta perspectiva de controlo. Obra citada, pág. 211

¹²⁴ E caso não se verifiquem as causas de não adjudicação previstas no Artigo xx do CCP.

¹²⁵ Nesse sentido TAVARES, JOSÉ F. F., *O Tribunal de Contas – Do Visto, Em Especial – Conceito, Natureza e Enquadramento na Atividade de Administração*, 1998, Almedina, pág. 166

¹²⁶ TAVARES, JOSÉ F. F., obra citada, pág. 167

vale prevenir do que remediar e que a efetivação de responsabilidades desde o Ministro até ao mais modesto administrador de fundos públicos, depois dos factos consumados, é ineficaz. E não obstante o contrato não vir a produzir os seus efeitos em caso de chumbo da parte do Tribunal de Contas, a verdade é que no contrato a celebrar o adjudicatário lesado terá toda a legitimidade em peticionar à Administração o ressarcimento dos danos que porventura terá sofrido, desde logo por preterição do princípio da tutela da confiança legítima. Assim, a fundamentação da decisão de contratar nessa vertente de controlo interno na realização de despesa pública, aliada a um controlo preventivo reportado também à dita decisão de contratar, um meio eficaz forma de proteção não só do interesse público e da conformidade da atividade administrativa com a ordem jurídica, mas também de proteção dos particulares.

Temos consciência das críticas idealizáveis relativamente a esta posição mais interventiva do Tribunal de Contas, desde logo, por respeito ao princípio da separação de poderes. Mas como já tem vindo a ser entendimento de parte da doutrina, é possível autonomizar a função do Tribunal de Contas num quarto poder do Estado, ou como avança JORGE MIRANDA¹²⁷ como uma quarta função do Estado, a função de controlo que seria, naturalmente, encabeçada pelo Tribunal de Contas, enquanto órgão fiscalizador das contas públicas do Estado, lado a lado com as funções Legislativa, Executiva e Judicial.¹²⁸

Não defendemos com isto a intervenção do Tribunal de Contas em todos os contratos celebrados pela Administração Pública, o que seria impraticável e colocaria em causa a própria eficiência da atividade administrativa. Pretende-se com isto, apelar a uma intervenção preventiva do Tribunal de Contas, enquanto órgão independente e fiscalizador, sempre que a celebração de um contrato pela Administração Pública signifique uma realização de despesa num montante considerável e significativo para as contas públicas, tal como o que veio ser consagrado com a Lei n.º 61/2011, de 7 de Dezembro, para os atos e contratos e demais instrumentos financeiros cujo valor ultrapasse os €95.000,00 (noventa e cinco mil euros).¹²⁹

Tendo novamente em consideração ao aludido no preâmbulo do Decreto-lei n.º 5525, de 9 de Maio de 1919, efetivamente *mais vale prevenir do que remediar*. Pelo que ao contrário do defendido pela doutrina italiana¹³⁰, é preferível pagar a fatura, diga-se bastante mais

¹²⁷ *Funções, Órgãos e Atos do Estado*, 1990, AAFDL, pág. 19 e seguintes

¹²⁸ Nesse sentido KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, 1986, pág. 29

¹²⁹ COSTA, PAULO NOGUEIRA DA, *O Tribunal de Contas e a Boa Governança – Contributo Para uma Reforma do Controlo Financeiro Externo em Portugal*, Coimbra Editora, 2014, pág. 53

¹³⁰ FORTE e EUSEPI citados por COSTA, PAULO NOGUEIRA DA, obra citada, pág. 54

reduzida, da mobilização de recursos humanos para o reforço do controlo prévio, do que se pagar a fatura, como tem vindo a ser hábito em Portugal, de operações económico-financeiras desastrosas e desajustadas aos dinheiros e interesses públicos.

II – O Dever de Fundamentação no Procedimento Pré-Contratual

“Surge Janeiro frio e pardacento,/ Descem da serra os lobos ao povoado;/ Assentam-se os fantoches em São Bento/ E o Decreto da fome é publicado./ Edita-se a novela do Orçamento;/ Cresce a miséria ao povo amordaçado;/ Mas os biltres do novo parlamento/ Usufruem seis contos de ordenado.”¹³¹

a) Ato de Escolha do Procedimento

Ao contrário do que sucede com o procedimento pré-procedimental e com a decisão de contratar, o CCP prevê uma série de estágios ao longo do procedimento pré-contratual para os quais está expressamente previsto o dever de fundamentação. Desde logo, para que as entidades adjudicantes, a que se refere o Artigo 2º do CCP, possam celebrar contratos cujo objeto seja suscetível de estar submetido à concorrência de mercado¹³², deverão adotar um procedimento de formação de contratos públicos, nomeadamente o ajuste direto, o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação, o procedimento de negociação e o diálogo concorrencial.

Assim sendo, sempre que a Administração queira celebrar um contrato, cujo objeto seja subsumível à categoria de contratos elencados no nº 2 do Artigo 16º do CCP, terá obrigatoriamente de lançar mão de um procedimento de formação de contratos públicos, respeitando, para esse efeito, as regras de escolha do procedimento constantes dos artigos 17º a 33º daquele diploma.¹³³

¹³¹ JOSÉ RÉGIO

¹³² SOUSA, MARCELO REBELO DE e MATOS, ANDRÉ SALGADOS DE, *“os contratos em que a administração figure como credora de uma prestação que possa ser efectuada por uma pluralidade de entidades, ou como devedora de uma prestação para a qual possa existir uma pluralidade de interessados; ou seja, aqueles em que o procedimento pré-contratual deve ser funcionalizado aos objectivos de minimização das despesas e/ou de maximização das receitas da Administração”*, *Contratos Públicos: Direito Administrativo Geral - Tomo III*, 2ª Edição, pág. 79. MONIZ, ANA RAQUEL GONÇALVES *“pressupõe que aí se enquadrem todas as situações em que os particulares em condições de oferecer os bens ou serviços (potenciais co-contratantes) se verifiquem uma concorrência; ou dito de outro forma, integrar-se-ão na previsão do legislador todos aqueles contratos cujas prestações (pela sua natureza, características ou posição relativa das partes) suscitam entre os potenciais co-contratantes que as oferecem à Administração “competição” própria de mercado”*, *Contrato Público e Domínio Público – Os Contratos Sobre o Domínio Público à Luz do CCP e da Nova Legislação Sobre o Domínio Público, Estudo de Contratação Pública I*, 2008, Coimbra Editora, pág. 848. O próprio Código no nº2 do Artigo 16º esclarece que para efeitos de adopção dos procedimentos de contratação pública estão sujeitos à concorrência os contratos de empreitada de obras públicas, a concessão de obras públicas, a concessão de serviços públicos, a locação ou aquisição de bens móveis, a aquisição de serviços e os contratos de sociedade.

¹³³ TAVARES, GONÇALO GUERRA e DENTE, NUNO MONTEIRO, *CCP Comentado – Volume I*, Almedina, 2009, pág. 136

Não obstante a escolha do procedimento estar submetido aos critérios acima referidos, segundo consta no artigo 38º do CCP, o ato que escolhe o procedimento deverá ser devidamente fundamentado. Esta imposição justifica-se maioritariamente naqueles casos em que a escolha do procedimento é feita segundo critérios materiais (Artigo 23º e seguintes), bem como, segundo critérios respeitantes ao tipo de contrato e entidade adjudicante (Artigo 31º e seguintes), que quando cumpridos, permitem o recurso a determinado procedimento independentemente do valor do contrato.

Nos termos do Artigo 18º do CCP *sem prejuízo do disposto nos capítulos III e IV*¹³⁴ *do presente título, a escolha dos procedimentos de ajuste direto, de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação condiciona o valor do contrato a celebrar nos termos do disposto nos artigos seguintes do presente capítulo.* Este Artigo consagra o princípio da liberdade de escolha do procedimento, segundo o qual as entidades adjudicantes podem escolher livremente o tipo de procedimento que pretendem adotar para a celebração do contrato. Sendo que essa escolha limitaria ou condicionaria o valor do contrato a ser celebrado pela entidade adjudicante.

Porém, e não obstante o próprio preceito legal (Artigo 17º) que nos oferece a noção de valor do contrato, referir que este corresponde ao valor máximo do benefício económico em função do procedimento adotado, que pode vir a ser obtido pelo adjudicatário, parece-nos que não é esta liberdade de escolha do procedimento por parte da Administração Pública, que condiciona o valor do contrato, mas sim o contrário. O valor do contrato é que irá implicar que a entidade adjudicante tenha de escolher determinando tipo de procedimento. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS ressaltam que esta relação, entre o valor do contrato e o procedimento a ser adotado, se justifica pelo facto de *quanto maior for a dimensão financeira do contrato, maiores são as exigências impostas pelo princípio da concorrência (...) e, por isso, mais solene e formalizado deverá ser o procedimento pré-contratual aplicável*.¹³⁵

¹³⁴ Correspondem aos critérios materiais e a critérios respeitantes ao tipo de contrato e à entidade adjudicante para a escolha do tipo de procedimento pré-contratual.

¹³⁵ “*Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral, Tomo III*”, pág. 84. Nesse sentido TAVARES, GONÇALO GUERRA e DENTE, NUNO MONTEIRO avançam que “*O apuramento do valor do contrato a celebrar é relevante para diversos efeitos assinalados no Código, como, por exemplo, para a sujeição (ou não) de certos contratos aos procedimentos da respectiva Parte II (...) para a escolha do procedimento (artigos 19º a 21º)*”, obra citada, pág. 142. E ainda FREITAS, LOURENÇO VILHENA “*quanto mais barato for o contrato menos solene e aberto será o procedimento a adotar para a sua celebração.*”, in *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, AAFDL, 2014 pág. 90

Corroborando este entendimento, a Lei nº 64-B/2011, de 30 de Dezembro introduziu uma alteração ao nº 2 do Artigo 127º do CPA, passando o mesmo a dispor que a publicitação da celebração de contratos, de valor igual ou superior a €5.000,00 (cinco mil euros) mediante o recurso ao procedimento de ajuste direto, deverá conter uma fundamentação que justifique a necessidade do recurso àquele, desde logo quanto à impossibilidade de satisfação da necessidade por via dos recursos próprios da entidade adjudicante.

E por esse mesmo motivo, ainda que não se desconsidere este paralelismo entre o valor do contrato e o tipo de procedimento, são os restantes critérios que suscitam uma maior necessidade de justificação no momento da escolha do procedimento, isto porque a Administração atuará no exercício de poderes discricionários. E fá-lo-á porquanto a lei lhe atribui uma certa margem de liberdade para a escolha entre os vários procedimentos à sua disposição. Por esse mesmo motivo, o legislador consagrou, tal como já referido, no Artigo 38º do CCP, o dever de fundamentação para o ato da escolha do procedimento.

Veja-se que o artigo 127º nº 1 do CCP, impõe à Administração Pública um dever de publicitar, no portal de internet referente aos contratos públicos, a celebração de contratos com recurso ao ajuste direto, onde surge uma espécie de indicação para que seja colocada a fundamentação da escolha do procedimento de ajuste direto, sempre que essa escolha tenha sido feito ao abrigo dos critérios constantes nos Artigos 24º e seguintes do CCP, ou seja, quando a escolha do procedimento seja o resultado do exercício de um poder discricionário por parte da Administração Pública.

A fundamentação deste ato de escolha do procedimento é, portanto, uma forma de garantir (principalmente quando se procede à escolha do procedimento mediante critérios materiais), que a escolha obedece aos princípios da igualdade, da transparência e da concorrência, mas também que obedece, naturalmente, ao princípio da legalidade e da prossecução do interesse público. Esta é a clara intenção do legislador, que se espelha nas várias alterações ao CCP - que a Administração Pública justifique o recurso ao contrato e aos privados para satisfação de uma determinada necessidade, em detrimento do recurso aos seus próprios meios.

Por outro lado, a fundamentação da escolha do procedimento, releva enquanto garantia dos particulares interessados nos procedimentos de contratação pública, visto que a escolha de um procedimento em prejuízo de outros poderá, logo à partida, excluir potenciais candidatos

ou concorrentes. Candidatos ou Concorrentes que poderiam não ver a sua participação vedada *ad initio*, se a escolha do procedimento tivesse obedecido aos critérios constantes da lei.¹³⁶

O dever de fundamentação numa vertente justificadora permitirá que, em concreto, se verifiquem se os critérios estipulados para a escolha do procedimento se encontram cumpridos, e se foram tidos em consideração por parte da entidade adjudicante quando procedeu a essa escolha. Não queremos com isto desvalorizar a importância do valor do contrato para a escolha do procedimento, uma vez que se a entidade adjudicante quisesse celebrar um contrato de empreitada de obras públicas mediante o recurso ao procedimento de ajuste direto, salvo o recurso a critérios materiais, saberá que não poderá celebrar um contrato de valor superior a €150.000,00 (cento e cinquenta mil euros). Nem tão pouco queremos desvalorizar a importância do valor do contrato no âmbito da celebração de contratos públicos, uma vez que a entidade adjudicante ao contratar com o particular estará a pagar-lhe uma determinada quantia que corresponderá, pelo menos, a parte do valor referente ao valor do contrato¹³⁷.

b) O Valor do Contrato

Tal como já anteriormente avançado, o valor do contrato tal-qual como consagrado no CCP, não abarca tão-só o montante a ser pago pela entidade adjudicante ao adjudicatário, contrariando assim o consagrado nas diretivas comunitárias¹³⁸. O legislador nacional ao transpor as diretivas comunitárias, ao invés de ter transposto *ipsis verbis* o texto comunitário, optou por transpor a diretiva “à sua maneira”, implementando, todavia, alguma inovação.¹³⁹

Segundo PEDRO MATIAS FERREIRA e RUI MESQUITA GUIMARÃES¹⁴⁰, o legislador nacional, contrariando a legislação comunitária (que estabelece critérios para aferir do valor do contrato para cada tipo de contrato), agregou num conceito uno de valor do mesmo, os vários critérios estabelecidos para cada tipo de contrato, nas Diretivas Comunitárias. Assim, nos

¹³⁶ AMORIM, JOÃO PACHECO DE, *As Garantias Administrativas no CCP*, in *Estudos de Contratação Pública – II*, pág. 213

¹³⁷ Tal como já anteriormente exposto, o valor do contrato não engloba tão só a quantia a ser paga pela entidade adjudicante ao adjudicatário, incluindo outras formas de benefício económico de que o adjudicatário poderá beneficiar em função do contrato.

¹³⁸ Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE

¹³⁹ FERREIRA, PEDRO MATIAS E GUIMARÃES, RUI MESQUITA, *O Valor do Contrato no CCP Português*, consultado em www.telles.pt/o-valor-do-contrato-no-codigo-dos-contratos-publicos-portugues, pág.157

¹⁴⁰ Obra citada, pág. 157 e seguintes

termos do Artigo 17º nº 1 do CCP o valor do contrato corresponde ao máximo de benefício económico obtido pelo adjudicatário. Este conceito de “máximo benefício económico” que é depois concretizado pelo nº 2 do mesmo preceito legal, engloba o preço a pagar pela entidade adjudicante e/ou por terceiros, assim como o valor de quaisquer contraprestações a favor do adjudicatário e o valor de que quaisquer vantagens que o adjudicatário possa vir a receber, como consequência direta da execução do mesmo.

Não nos compete aqui tecer considerandos quanto ao modo de cálculo do valor do contrato, nem concretizar os critérios a que se refere o nº 2 do Artigo 17º do CCP.¹⁴¹

Todavia, consideramos pertinente uma breve referência relativamente a uma possível fundamentação do valor do contrato por parte da entidade adjudicante, atendendo a que o valor do contrato, tal como já avançado, determinará em princípio o procedimento a ser adotado.¹⁴² Parece-nos que, atendendo ao tipo de critérios utilizados para que seja aferido o valor contratual, a fundamentação deste, apenas será possível mediante a realização de um estudo de mercado que permita, concretamente, aferir o preço de mercado¹⁴³ relativamente a um determinado bem ou serviço, por exemplo.

E assim sendo, a fundamentação do valor do contrato, ainda que relevante nos termos até aqui expostos, será uma fundamentação estritamente técnica, numa vertente de fundamentação justificadora do preço do contrato a ser celebrado. Poderemos apenas sindicar uma fundamentação numa vertente mais motivadora, na medida em que a decisão administrativa cai no âmbito do poder discricionário, se, eventualmente por respeito ao princípio da eficiência e em benefício da poupança, a administração opte por atribuir ao contrato um valor inferior ao apurado no estudo do mercado, numa tentativa de pagar menos pelo mesmo serviço e/ou bem.

¹⁴¹ Para uma melhor compreensão desta questão do valor do contrato e o contraposto entre o direito comunitário e o direito nacional *vide* FERREIRA, PEDRO MATIAS e GUIMARÃES, RUI MESQUITA, obra citada.

¹⁴² LEITÃO, ALEXANDRA entende que o ato de autorização da despesa, em função do valor pelo qual se pretende celebrar o contrato, está sujeito ao dever de fundamentação nos termos gerais do CPA, in *Lições de Contratos Públicos: Parte Geral*, AAFDL, 2014, pág. 97

¹⁴³ A Directiva 2014/24/UE relativa aos contratos públicos (e que será transposta para o nosso ordenamento jurídico) prevê no seu Artigo 40º uma consulta preliminar ao mercado, ou seja, antes da abertura do procedimento de contratação pública, as entidades adjudicantes (ali referidas como autoridades adjudicantes) poderão realizar consultas de mercado, a fim de preparar o procedimento.

c) Duração do Contrato – O Princípio da Temporalidade dos Contratos Públicos

Como resulta da epígrafe do presente capítulo, os contratos públicos, tal como acontece à maioria dos contratos, está sujeito ao princípio da temporalidade, segundo o qual os contratos públicos, ainda que tenham uma vocação tendencialmente duradoura, estão sempre sujeitos a limites temporais máximos. Duração que, como bem denota JOÃO PACHECO DE AMORIM, *varia consoante o tipo de contrato em causa*.¹⁴⁴

Desde logo, o artigo 48º do CCP dispõe que na eventualidade de o caderno de encargos vir a prever uma duração superior a três anos para os contratos de locação ou de aquisição de bens móveis, dever-se-á proceder a uma fundamentação dessa necessidade de alargamento do prazo, uma vez que nos termos dos Artigos 432º, 440º e 451º do Códigos dos Contratos Públicos, a duração dos contratos de locação ou de aquisição de bens móveis (as designadas compras públicas), não deverão, em regra, ter uma duração superior a três anos, incluindo possíveis renovações, (sendo que as mesmas têm que estar previstas no âmbito do procedimento pré-contratual). Já o Artigo 129º alínea a) proíbe a prorrogação de contratos celebrados mediante o procedimento de ajuste direto, dispondo ainda que estes não podem ter uma duração superior a um ano. Por seu turno, o Artigo 266º prevê para os contratos de aprovisionamento um limite máximo de quatro anos.

A sujeição dos contratos públicos a uma duração limitada no tempo impõe-se pelo respeito ao princípio da concorrência, garantindo-se que o mesmo é assegurado através do dinamismo dos mercados públicos¹⁴⁵ e do acesso à contratação pública ao maior número possível de interessados. Evita-se com isto que seja criado um monopólio de acesso ao contrato público, que, segundo MIGUEL ASSIS RAIMUNDO¹⁴⁶, corresponde a um bem relativamente ao qual é demonstrado um grande interesse e uma acentuada procura, visto que os contratos não são celebrados a partir da iniciativa dos agentes económicos, mas sim através da iniciativa da Administração Pública.

Todavia, e tal como já supra referido, esta temporalidade varia de contrato para contrato. E enquanto determinados contratos têm duração relativamente curta, outros têm uma duração

¹⁴⁴ “O Princípio da Temporalidade dos Contratos Públicos”, in Estudos de Contratação Pública – IV, pág. 20

¹⁴⁵ LEITÃO, ALEXANDRA, “O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais”, consultado em www.icjp.pt, pág. 3

¹⁴⁶ Obra citada, pág. 51 e seguintes

amplamente alargada e sujeita a uma espécie de previsão. É o caso das concessões cuja duração corresponde, segundo consta do 410º nº 1 do Código Contratos Públicos, ao tempo necessário para a recuperação do investimento feito pelo particular concessionário, sendo que o nº 2 do mesmo preceito legal fixa um prazo supletivo, caso nada seja estipulado pelas partes, de trinta anos.

Compreende-se esta diferença, relativamente ao cômputo da relação contratual, atendendo à natureza dos contratos em apreço. O que já não se compreende é que se sujeite a Administração Pública a fundamentar a duração de um contrato que exceda a duração de três anos, e já não se sujeite a Administração Pública a fundamentar um contrato que além de comportar um custo muito mais elevado, poderá ter uma duração superior a 30 anos, caso as partes entendam que o prazo supletivo não será suficiente para a *amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário*.

E note-se que, além de ser uma forma de administração delegada¹⁴⁷, *estando a exploração do serviço público confiada um terceiro, que assume em nome próprio a responsabilidade pela sua gestão*¹⁴⁸, o concessionário poderá recuperar o investimento por si realizado através das taxas pagas pelos utentes, mas também através de pagamentos feitos pelo cedente de forma a compensar os prejuízos por si sofridos ao prestar aquele serviço público. Quer isto dizer que, quanto maior for a duração do contrato de concessão, maior será o custo suportado pelo Estado, na medida em efetuará esses pagamento durante um lapso temporal mais alargado.

Todavia, parece-nos que esta questão da fundamentação da duração do contrato, a par da submissão ao princípio da temporalidade, se compreende e se justifica, tal como já sindicado, pelo facto de se pretender a promoção da mobilidade dos agentes económicos no âmbito dos procedimentos de contratação pública, e não tanto pela sua duração propriamente dita¹⁴⁹. Até

¹⁴⁷ CAETANO, MARCELO, obra citada, pág. 1071 e seguintes.

¹⁴⁸ MAÇAS, FERNANDA, *A Concessão de Serviço Público e o CCP*, Estudos de Contratação Pública – I, pág. 378

¹⁴⁹ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO na sua exposição “*O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais*”, quando se refere à relevância do tempo na execução dos contratos públicos “*A ratio de todas as disposições citadas é evidente e prende-se com a necessidade de garantir o dinamismo dos mercados públicos e o acesso de um maior número de operadores à celebração de contratos públicos, o que seria posto em causa se a Administração pudesse celebrar sistematicamente contratos de longa duração, ficando, por isso, longos períodos sem lançar novos procedimentos pré-contratuais.*”, pág. 3; Por seu turno LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, quando se refere ao esquecimento, ainda que lacónico, protagonizado pela reforma do CPA no que diz respeito ao dever de fundamentação interno dos contratos administrativos, identifica as cláusulas relativas à duração dos contratos como um momento crucial para a verificação da relação entre a motivação e os contratos administrativos –

porque, e concretamente nos contratos de concessão, a duração do mesmo corresponderá ao tempo necessário para a recuperação do investimento feito. Ora, fundamentar a duração desse tipo de contrato tal como sucede com o valor do mesmo, será apenas possível mediante uma fundamentação técnica, quiçá por remissão para um parecer cujo conteúdo concretize que, para recuperar um investimento de Y, tendo em conta o volume médio de utentes que acedem ao serviço por ano, por exemplo, sejam necessários X anos.

Assim, as partes poderão estipular que um determinado contrato de concessão terá a duração de 40 anos, visto que, e após uma avaliação ponderada, atendendo ao investimento realizado pela concessionária e ao volume previsível de utilização do serviço, esse será o tempo necessário para que a concessionária recupere o investimento. Todavia, o critério do volume de utilização do serviço pelo utente é um critério variável, podendo defraudar as expectativas da avaliação que foi feita, e em vez de se recuperar o investimento em 40 anos apenas será possível recuperá-lo em 50 ou 60 anos. E o inverso é igualmente verdadeiro, acabando por se conseguir recuperar o investimento em menos tempo daquele que foi estipulado.

Portanto, a entender-se que a estipulação da duração do contrato, sem falar aqui do caso do Artigo 47º do CCP, deverá ser acompanhada de uma fundamentação, esta não poderá comportar o mesmo nível de exigência da fundamentação dos relatórios preliminar e final, por exemplo. Isto porque, a duração do contrato, essencialmente nos contratos de concessão, é um risco próprio do contrato, sendo de todo impossível fazer uma avaliação precisa que permita com toda a certeza estipulá-la.

Ou seja, apesar de concedermos que a previsão de recuperação do investimento deve ser feita mediante uma avaliação séria e ponderada, tendo sempre em mente que os critérios são variáveis, não podemos deixar de ressaltar que, caso se entenda que a entidade adjudicante deverá fundamentar a duração da relação contratual, esta deverá considerar-se satisfeita por via desta avaliação ou previsão.

d) Relatórios Preliminar e Final – A Fundamentação Numérica¹⁵⁰

O dever de fundamentação volta a estar expressamente previsto para os relatórios preliminar e final do júri do procedimento nos Artigos 122º e 124º para o ajuste direto, nos Artigos 146º e 148º para o concurso público, nos Artigos 184º e 186º para o concurso limitado por prévia qualificação e nos Artigos 215º e 222º para o diálogo concorrencial.

Após a avaliação das propostas e da candidaturas, o júri constituído para o procedimento pré-contratual procede à elaboração do relatório preliminar, *do qual constarão as conclusões a que se chegou quanto ao conteúdo e valia de cada uma delas bem como o enunciado das razões concretas por que avantajou umas e desfavoreceu outras em cada um dos factores ou subfactores elementares do critério de adjudicação – e só destes -, ligando logicamente essa (des)vantagem à pontuação ou classificação atribuída.*¹⁵¹ Tal não sucederá com o mesmo grau de exigência, quando o critério de adjudicação para a avaliação das propostas for o do preço mais baixo, uma vez que não existem outros aspetos submetidos à concorrência que serão alvo de avaliação por parte do júri.

O relatório preliminar procede, portanto, a uma graduação das candidaturas ou propostas apresentadas, em função dos critérios de adjudicação¹⁵² e dos fatores e subfatores¹⁵³ fixados e aos quais deverão corresponder, procedendo igualmente à proposta de exclusão de candidaturas que não cumprirem com esses mesmos critérios, e dos quais depende a avaliação.

Esta graduação permitirá, em princípio¹⁵⁴, saber quais as propostas que apresentam uma maior probabilidade de vir a merecer a adjudicação do contrato, e daí, em parte, a necessidade de nestes estágios do procedimento e para a prática deste tipo de atos (relatório preliminar e final), ser consagrado o imperativo da fundamentação. Porque desta forma, a fundamentação dos relatórios do júri permitirá aos interessados do procedimento perceber os

¹⁵⁰ De acordo com MIGUEL ASSIS RAIMUNDO a doutrina italiana tem utilizado esta expressão para se referir à fundamentação em procedimentos administrativos de avaliação comparativa. Nomeadamente pelas vozes de FRANCESCO CARDARELLI e ANTONIO CASSATELLA – RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, *Grelha + nota = fundamentação. A Questão da Fundamentação Numérica, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 21/1/2014*, in CJA n°109, Janeiro/Fevereiro 2015, pág. 36

¹⁵¹ MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, obra citada, “*Concursos...*”, pág. 981

¹⁵² Artigo 74º do CCP – Proposta economicamente mais vantajosa e preço mais baixo.

¹⁵³ Artigo 75º do CCP – Têm como objectivo densificar o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, e respeita a formas de execução do contrato. Estes fatores e subfatores são submetidos à concorrência através do caderno de encargos permitindo aos concorrentes/candidatos conformarem a sua proposta/candidatura em função daqueles.

¹⁵⁴ A escolha do co-contratante não é da competência do júri, mas sim da entidade adjudicante.

motivos que subjazem à graduação da sua proposta/candidatura em prejuízo/benefício de outros. Sendo que estes relatórios podem propor, até, a exclusão de propostas/candidaturas, o que implica uma negação, extinção ou restrição dos direitos e interesses dos concorrentes/candidatos.¹⁵⁵

Tem sido entendimento da jurisprudência que “ *as decisões administrativas de classificação ou valoração de mérito devem considerar-se suficientemente fundamentadas desde que das respetivas atas constem diretamente ou por remissão para outras peças do procedimento, os elementos, fatores, parâmetros ou critérios com base nos quais o órgão decisor procedeu à ponderação determinante do resultado concreto a que chegou*”.¹⁵⁶ Além de que, e no seguimento deste entendimento, deverá ser considerada satisfeita esta imposição de fundamentação desde que a classificação se demonstre vertida na grelha de classificação previamente elaborada pelo júri, onde conste a valoração atribuída a cada factor e subfactor, e que, posteriormente, seja consignado em ata a pontuação atribuída¹⁵⁷, entendendo-se que tal pontuação não terá de ser fundamentada sob pena de se fundamentar a fundamentação.¹⁵⁸

Como avançam MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA *para o efeito elaborará uma grelha donde contarão, numa das laudas (...) a menção aos diversos concorrentes e (se for o caso) às várias propostas não excluídas que cada um apresentou e, na outra, os vários fatores e subfatores do critério de adjudicação, indicando, nas colunas de sus intersecção, a pontuação*

¹⁵⁵ No fundo são ablativos dos direitos e interesses dos intervenientes no procedimento de contratação pública.

¹⁵⁶ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 06/10/1999, processo nº 042394; de 03/04/2003, processo nº 01126/02; de 09/04/2003, processo nº 0299/03; de 03/02/2005, processo nº 952/04; de 06/10/2005, processo nº 0227/04.

¹⁵⁷ Segundo MIGUEL ASSIS RAIMUNDO “*olhando a jurisprudência nacional e também aos ordenamentos nos quais a questão tem sido discutida com mais desenvolvimento, verifica-se que as respostas que têm sido dadas ao problema da “fundamentação genérica” podem ser organizadas em três grandes orientações: (i) uma primeira orientação, mais tradicional, admite que essa seja uma forma adequada de fundamentação das decisões neste tipo de procedimento, não fazendo exigências particulares quanto aos pressupostos que têm de existir para que essa forma de fundamentar seja admissível; (ii) uma segunda orientação, no extremo oposto, exige que a Administração faça acompanhar a classificação de uma fundamentação discursiva, ainda que sintética, que permita ao destinatário perceber as razões dessa pontuação; (iii) uma terceira orientação, a que poderá chamar-se intermédia, admite que a fundamentação possa bastar-se com a simples indicação de uma pontuação, desde que a avaliação assente na aplicação de parâmetros, designadamente, desde que tenha existido previamente numa auto-vinculação de certos critérios.*”, RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, obra citada, “Grelha...” pág. 36.

¹⁵⁸ Nesse sentido Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 04/06/2006, processo nº 00344/05.5BECBR; Mais recentemente o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência de 21/1/2014 “*nada justifica que rompamos com essa jurisprudência, que integralmente satisfaz as funções que a fundamentação prossegue, designadamente a de esclarecer qualquer destinatário dos motivos das pontuações atribuídas às propostas. (...) habilita os interessados a compreender os fundamentos do ato classificador e a reagir em conformidade. É, pois, falso, que a fundamentação advinha da referência das propostas aos itens da grelha classificativa contrarie o disposto no art. 268º, n.º 3, da CRP, ofenda o princípio da confiança ou ponha em causa a garantia de uma tutela jurisdicional efectiva.*”

*ou classificação atribuída àqueles (ou àquelas) em que cada um desses fatores e subfatores e, numa coluna final, a pontuação ou classificação global de cada um deles (ou delas).*¹⁵⁹

Todavia, e no nosso entendimento, não obstante partilharmos da posição sufragada pela jurisprudência quanto à suficiência da fundamentação, que se encontra cumprida desde que a classificação dos fatores e sub-fatores seja fixada pelo júri antes da avaliação em concreto das candidaturas, sob pena de assistirmos a uma dupla fundamentação; esta imposição só deverá ser considerada satisfeita desde que os destinatários, neste caso os intervenientes no procedimento de contratação, compreendam o percurso cognoscitivo que levou o júri a atribuir aquela pontuação e a graduar a sua candidatura naquele lugar. Portanto, o modelo de avaliação acima identificado, designadamente pela jurisprudência e pelos ilustres Autores, deverá permitir que os concorrentes/candidatos, quer os que viram a suas propostas/candidaturas serem graduadas, quer os que as viram ser excluídas, acompanhem e percebam o *itinerário cognoscitivo e valorativo percorrido pelo júri*.¹⁶⁰

Após a elaboração do relatório preliminar os interessados serão notificados do mesmo para exercerem o seu direito de audiência prévia¹⁶¹, a fim de exporem o que tiverem por conveniente quanto ao respetivo conteúdo. Finda a audiência prévia, o júri elaborará o relatório final que, tal como o relatório preliminar, está sujeito ao dever de fundamentação pelos motivos já anteriormente vertidos.

Caso os concorrentes/candidatos não exerçam o seu direito de audiência prévia, e se o júri entender, o relatório final limitar-se-á à convolação do relatório preliminar. Caso contrário, o relatório final deverá conter a ponderação das observações¹⁶² dos concorrentes/candidatos efetuadas em sede de audiência prévia, *e chegará então (fundamentadamente) a uma de várias situações possíveis: (i) ou entende que são de manter na íntegra as premissas e conclusões do relatório preliminar; (ii) ou que, mantendo-se tais conclusões, os respectivos fundamentos devem ser alterados, clarificados ou aditados (iii) ou finalmente, que devem ser (revistos os fundamentos e) alteradas as conclusões ou deliberações e juízos expressos nesse relatório*.¹⁶³

Na eventualidade de, no decurso da alteração das conclusões do relatório final comparativamente com o relatório preliminar, ocorrer uma alteração na graduação das

¹⁵⁹ Obra citada, “Concursos...”, pág. 982

¹⁶⁰ MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, obra citada, “Concursos...”, pág. 985

¹⁶¹ Artigos 123º nº 1, 147º e 184º do CCP

¹⁶² Artigos 148º nº 1 e 185º nº 1 do CCP

¹⁶³ MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, obra citada, “Concursos...”, pág. 994

propostas/candidaturas, ou então ocorrer a exclusão de candidaturas antes admitidas, ou vice-versa, deverá realizar-se uma nova audiência prévia¹⁶⁴, na sequência da qual será elaborado um segundo relatório final, igualmente submetido ao dever de fundamentação nos termos até aqui expostos.

e) Ato de Adjudicação e de Não Adjudicação

Um outro momento do procedimento sujeito ao dever de fundamentação, ainda que não expressamente previsto no CCP, é o ato de adjudicação por aplicação do previsto no Artigo 152º do CPA.

*A adjudicação é o ato pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe um de entre as propostas apresentadas.*¹⁶⁵ Adjudicar é, então, o ato através do qual a entidade adjudicante, após o processo de avaliação das propostas/candidaturas, procede à escolha do co-contratante, por considerá-lo o mais idóneo, reunidos que estejam os requisitos exigidos, à satisfação da necessidade visada pelo contrato.¹⁶⁶

Este ato além de ser um ato constitutivo de direitos para o concorrente/candidato escolhido, é acima de tudo, um ato vinculativo da Administração Pública, porquanto a partir deste a entidade adjudicante fica vinculada a contratar com o particular nos precisos termos constantes da proposta¹⁶⁷. Note-se que o ato de adjudicação, apesar de ser o ato final do procedimento, não determina por si só a celebração do contrato¹⁶⁸, uma vez que, por exemplo, o vencedor do procedimento terá ainda de proceder à entrega dos documentos de habilitação exigidos, caso contrário a adjudicação caduca, procedendo-se à adjudicação do contrato ao concorrente/candidato subsequente na graduação das propostas/candidaturas, nos termos e para os efeitos dos Artigos 86º e 87º do CCP.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Artigos 148º n.º 2 e 185º n.º 2 do CCP

¹⁶⁵ Artigo 73º do CCP

¹⁶⁶ “o órgão adjudicante profere a decisão final do procedimento, adjudicando o contrato (ou atribuindo o direito à celebração do contrato) ao titular da melhor proposta à luz do critério de adjudicação adotado”, MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, obra citada, “Concursos...”, pág. 1007

¹⁶⁷ MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, obra citada, “Concursos...”, pág. 547; TAVARES, GONÇALO GUERRA E DENTE, NUNO MONTEIRO, obra citada, “Código...”, pág. 278

¹⁶⁸ CABRAL, MARGARIDA OLAZABAL, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1999, pág. 198

¹⁶⁹ MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, obra citada, “Concursos...”, pág. 1008; TAVARES, GONÇALO GUERRA E DENTE, NUNO MONTEIRO, *OBRA CITADA*, “Código...”, pág. 278 e 279

Não obstante as formalidades subsequentes ao ato de adjudicação para que proceda à celebração do contrato, certo é que o ato sozinho produz efeitos jurídicos sobre a esfera do vencedor, mas também sobre a esfera dos concorrentes/candidatos preteridos¹⁷⁰. E como tal, o ato de adjudicação, como ato administrativo que é, está sujeito ao dever de fundamentação nos termos gerais do CPA, por se tratar de um ato que, além de negar e afetar um interesse do particular interessado no procedimento (alínea a) do nº1 do Artigo 152º do CPA), decide em sentido contrário à pretensão, e neste caso concreto, em sentido contrário à proposta (oficial) formulada pelos participantes preteridos no ato de adjudicação (Artigo 152º nº 1 alínea c) do CPA). Assim sendo, o ato de adjudicação deverá obedecer aos requisitos de fundamentação elencados no Artigo 153º do CPA.¹⁷¹

Sucedo que, o cumprimento desta imposição concretiza-se maioritariamente através de remissão para o relatório final, onde constam já, de forma fundamentada, a graduação das candidaturas/propostas, assim como a exclusão de candidaturas/propostas que não preencham os requisitos exigidos. Portanto, tem-se entendido que desde que o relatório final baseie a graduação das candidaturas/propostas numa grelha previamente elaborada onde se inclua a avaliação e a fundamentação dos vários critérios de adjudicação, dever-se-á considerar cumprido o dever de fundamentação do ato de adjudicação por remissão¹⁷², passando o conteúdo do relatório final, a fazer parte integrante do ato adjudicação.¹⁷³

Só assim não será nos casos em que a entidade adjudicante, contrariando o relatório final, decida de forma diversa ao proposto no relatório final. Aqui a fundamentação terá uma dupla função: por um lado irá explicitar os motivos que levaram a entidade adjudicante a decidir de forma diversa à do relatório final, e por outro irá explicitar os motivos que levaram a entidade adjudicante a escolher determinado concorrente/candidato em detrimento dos demais.

Apesar de a abertura de um procedimento de formação de um contrato originar um dever de adjudicação¹⁷⁴ por parte da entidade adjudicante, a verdade é que poderão ocorrer

¹⁷⁰ MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA classificam o ato de adjudicação, nesta perspectiva, como um “*ato positivo de duplo efeito*” ou de “*conteúdo ambivalente*”. Obra citada, “*Concursos...*”, pág. 1009

¹⁷¹ Relativamente aos requisitos de fundamentação *vide* Parte I da presente exposição.

¹⁷² Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 27/06/2011, processo nº 06859/10

¹⁷³ Ao abrigo do disposto na última parte do nº1 do Artigo 153º do CPA, a fundamentação pode consistir numa mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informação ou proposta que, assim, passam a integrar o respectivo ato.

¹⁷⁴ Cfr. Artigo 76º do CCP

situações em que sucede precisamente o contrário, ficando a entidade adjudicante adstrita, outrossim, a um dever de não adjudicar, praticando antes um ato de não adjudicação¹⁷⁵.

Embora se tenha discutido o carácter vinculado, ou, pelo contrário, discricionário do ato não adjudicação¹⁷⁶, é agora pacífico que a não adjudicação perante determinadas situações consubstancia uma imposição legal, e não uma faculdade da administração decidir se irá ou não proceder à adjudicação sempre que se deparar com as circunstâncias previstas no Artigo 79º do CCP.

Relativamente ao ato de não adjudicação consideramos que, apenas em face de alguns dos fundamentos previstos nas várias alíneas do Artigo 79º é que se deverá proceder à sua fundamentação.

Assim, apenas nos casos das alíneas c), d) e f) é que a entidade adjudicante, não obstante se tratar de uma imposição legal, deverá proceder a uma fundamentação do ato de não adjudicação nos termos gerais do CPA, uma vez que só nestes casos é que a não adjudicação conduzirá a uma possível lesão de interesses dos interessados no procedimento. A submissão ao imperativo da fundamentação fica desde logo demonstrada pelo disposto no nº 4 do Artigo 79º, ao prever uma obrigação de indemnizar os concorrentes, por parte da entidade adjudicante, nas situações previstas nas alíneas c) e d) do mesmo preceito legal, o que demonstra e reforça o carácter lesivo do ato de não adjudicação nestas circunstâncias.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Cfr. Artigo 79º, 80º, 107º nº1 alínea g) e 134º alínea b) do CCP

¹⁷⁶ MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, obra citada “*Concursos...*”, pág. 570, 571 e 1044; TAVARES, GONÇALO GUERRA e DENTE, NUNO MONTEIRO, obra citada, “*Código...*”, pág. 293

¹⁷⁷ Note-se que nos casos das Parcerias Público Privadas adita-se uma causa específica de não adjudicação prevista no Artigo 79º do CCP. Assim, nos termos no Artigo 18º nº3 do Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de Maio a Administração Pública poderá pôr termo ao procedimento pré-contratual a qualquer momento e sem indemnizações. Salienta LEITÃO, ALEXANDRA que esta é uma solução completamente oposta à da solução prescrita pelo nº4 do Artigo 79º do CCP. Obra citada, “*Lições de...*”, pág. 84. No nosso entendimento, o facto de se prever uma causa de não adjudicação que viola grosseiramente os interesses dos possíveis parceiros, prevendo, até, o não pagamento de uma indemnização no caso de se concluir o procedimento pré-contratual, intensifica a necessidade de uma fundamentação reforçada no que concerne aos atos de não adjudicação.

III – Para uma Fundamentação do Contrato Público

*“A forma é irmã gémea da liberdade e inimiga jurada do arbítrio.”*¹⁷⁸

a) Fundamentar o Contrato

O conceito de contrato público não poderá ser formulado, nem entendido, sem o recurso ao tipo de regime substantivo a que é submetido (direito público), assim como sem o recurso ao único interesse a que está *global e juridicamente vinculado*: o interesse público.¹⁷⁹ Daqui decorre que o recurso ao contrato público e, conseqüentemente, o recurso aos procedimentos de contratação pública dependem direta e exclusivamente do interesse público. Pelo que, a contratação não poderá nunca prosseguir ou percorrer interesses privados ou alheios à entidade que principiou o procedimento. Por outro lado, o recurso ao contrato e aos procedimentos de contratação pública deverá ser feito na medida do necessário e como resultado de uma ponderação cuidadosa e responsável relativamente à oportunidade e mérito daquele contrato e daquele procedimento.

É certo que a contratação pública tem um peso relevante, por exemplo, na sobrevivência de empresas nacionais que estão diretamente dependentes dos contratos que o Estado celebra com estas. Além de que a contratação pública representa uma forte influência positiva na iniciativa da economia privada, na medida em que contém em si um “efeito multiplicador”¹⁸⁰ das despesas públicas que faz aumentar a procura e conseqüentemente a capacidade produtiva das empresas, procedendo, também, uma redistribuição da riqueza.

No entanto, o recurso à contratação pública não poderá ser feito de forma arbitrária e impensada. Isto porque, se por um lado a outorga de contratos públicos é, em parte, causa direta das vantagens acima enunciadas, por outro lado, mesmo tendo ocorrido uma travagem no crescimento das despesas públicas, *“certo é que isso não se traduziu em diminuição real ao*

¹⁷⁸ JEHRING, *Geist des Römischen Rechts*, 9ª Edição, 1968, Aalen, pág. 471

¹⁷⁹ MARTINS, AFONSO D'OLIVEIRA, *Para um Conceito de Contrato Público*, pág. 477 a 483 “Os contratos públicos surgem global e juridicamente vinculados a interesses públicos, devendo ter uma causa-função, assente (pelo menos quanto a uma das partes) em motivos e dirigir-se à realização de finalidades que as refira decisivamente a um interesse público que o ordenamento jurídico lhes assinala”

¹⁸⁰ FRANCO, A. L. SOUSA, *Finanças Públicas e Direito Financeiro – Volume I e II*, pág. 21

nível do gasto público”¹⁸¹. E apesar de reconhecermos a importância da contratação pública, não apenas como forma de satisfação das necessidades públicas, mas também como forma de fomento da iniciativa económica privada, a verdade é que a intervenção do Estado por esta via, principalmente com recurso aos privados, deverá ser feita de forma racional e na medida do estritamente necessário para a prossecução dos interesses e fins públicos.

A crise económica que se abateu nos países europeus, conduziu não só a uma degradação dos mercados, mas também a uma degradação do Estado, que deixou de ter grande margem económico-financeira para recorrer à contratação pública como ferramenta de estruturação da economia. Pelo que temos assistido cada vez mais à deterioração dos contraentes públicos e, consequentemente dos contas públicas e necessidades público-sociais, do que propriamente a um fomento das condições económico-sociais. Assim, reclama-se que o recurso à contratação pública seja o resultado de uma ponderação e escrutínio por parte da Administração Pública no que toca à realização de despesas, sob pena de inviabilização de muitas das operações de despesa enquanto estímulo da economia.¹⁸²

Mas se por um lado, o recurso indevido à contratação pública pode ser tão só um ato irrefletido e imponderado por parte da Administração Pública, por outro, muitos são os casos em que se trata do resultado de condutas desviantes, como a corrupção, o tráfico de influências e financiamento ilegal de partidos políticos.¹⁸³ Este tipo de procedimentos de contratação têm-

¹⁸¹ FRANCO, A. L. SOUSA obra citada “*Finanças...*”, pág. 8

¹⁸² Caso do TGV – O projeto do TGV nunca saiu do papel e custou 153 milhões de euros aos cofres do Estado Português, dos quais 120 milhões correspondem a contratações externas. Quando do projeto do TGV foram fixados como objectivos da construção da rede de alta velocidade “a prioridade do desenvolvimento de modos de transporte menos prejudiciais para o ambiente e mais capazes de conduzir a um desenvolvimento sustentável; o desenvolvimento de infra-estruturas para o transporte ferroviário, as vias navegáveis inferiores e o transporte marítimo de curta distância a apoiar fortemente os projetos que incluem o atravessamento de barreiras naturais e traços transfronteiriços” – in Relatório & Contas 2010 – RAVE publicado em www.refer.pt. No entanto, recentemente o Tribunal de Contas no seu relatório nº 24/2015 elaborado em função da auditoria realizada ao Projeto Ferroviário Português de Alta Velocidade que projeto foi iniciado sem ser possível aferir o custo-benefício para Portugal, além de que o projeto cancelado em 2012, teve como impactos financeiros “120 milhões de euros despendidos em contratação externa, ao longo de cerca de doze anos de estudos, e 32,9 milhões despendidos em custos de estrutura da RAVE, três pedidos de indemnização ao Estado, cujas petições ascendem a 29,4 milhões de euros (...) A transferência para a Parpública dos contratos de financiamento que haviam sido celebrados pelo consórcio ELOS, no montante de 599 milhões de euros”. Pelo que se recomendou que fosse regulamentado que a decisão final de contratação passasse a ser sempre precedida de revisão e utilização dos pressupostos que sirvam de base do estudo e planeamento de investimento.

¹⁸³ Caso dos Submarinos – Realização de um concurso público para aquisição de dois submarinos da classe tridente realizado em 2004. Uma empresa estrangeira venceu o concurso público promovido pelo Estado Português para aquisição de submarinos no valor de 880 milhões de euros. Os ilícitos foram descobertos no âmbito da investigação do caso Portucale, onde através de buscas e escutas telefónicas foi identificada uma conta bancária na Suíça usada para esconder os subornos que teriam sido pagos pela adjudicatária. Surgiram então as suspeitas de que haviam sido pagos pela empresa vencedora do concurso 30 milhões de euros a uma empresa de um conhecido grupo financeiro Português e que mais tarde, teriam sido depositados numa conta de um partido polític. O negócio de

se revelado ruinosos para o país, sendo o espelho de condutas deploráveis da Administração Pública enquanto prossecutora dos interesses públicos.¹⁸⁴

É certo que o recurso à contratação pública ou ao contrato enquanto meio para um fim, tem permitido às entidades públicas a satisfação das mais diversas necessidades públicas que lhe cabe prosseguir, e que sozinha não o consegue fazer. No entanto, ao contrário das entidades privadas que fazem as suas escolhas de forma livre consoante aquilo que consideram mais valioso para si, independentemente do risco ou custo que lhe possa estar associado, a Administração Pública enquanto contraente público e prossecutora do interesse público, tem de se certificar que as necessidades coletivas serão inteira e eficazmente satisfeitas, estando, por essa mesma razão, obrigada a filtrar os maus negócios, uma vez não será qualquer negócio ou contrato que lhe interessa, ou que pelo menos não deveria interessar.

É em consequência disto que defendemos que o contrato público tem de ser o resultado de uma escolha ou decisão ponderada. E cremos que essa ponderação só será alcançada através do cumprimento do dever de fundamentação que é exigido para determinados atos administrativos. Cremos, portanto, que a fundamentação consubstanciará uma forma de controlo da oportunidade dos contratos da Administração Pública, permitindo, por outro lado, uma maior aceitação da decisão reduzindo, como já se disse no âmbito do dever de fundamentação dos atos administrativos, o seu impacto social¹⁸⁵. Fundamentar o contrato reforçará a legitimidade de atuação das entidades públicas garantindo, por esta via, que fiquem livres de qualquer suspeita.¹⁸⁶

aquisição dos submarinos deveria ter beneficiado o país, por exemplo, na captação de dez negócios com sociedades portuguesas que fabricam componentes para indústria automóvel. No entanto, essas contrapartidas revelaram-se fictícias, acabando o Estado Português por ficar lesado em quase 34 milhões de euros.

¹⁸⁴ Neste sentido a Diretiva 2014/24/UE estabeleceu no seu Artigo 24º que os Estados-Membros terão de assegurar que as entidades adjudicantes (ali referidas como autoridades adjudicantes) *tomem medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de contratação pública, de modo a evitar qualquer distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento de todos os operadores económicos*. Um dos principais objectivos desta nova diretiva (que terá de ser transposta para o nosso ordenamento jurídico até 18/04/2016) é o aumento da transparência e o combate à corrupção e aos conflitos de interesses, motivo pelo qual implementou esta norma a par com a implementação da contratação pública electrónica, bem como procede à implementação de normas que permitam agilizar a contratação (em contraposição com as normas em vigor que são demasiados rígidas e prescritivas).

¹⁸⁵ DUARTE, DAVID, obra citada “*Procedimentalização...*”, pág. 239 e seguintes “*Esta ideia de apaziguamento proporcionado pela fundamentação está intimamente relacionada com a vertente em que a fundamentação aparece como um mecanismo de consenso, provocado pelo esclarecimento da comunidade e do círculo de interessados, materializando um modo de legitimação acessória da decisão. Esta vertente, também inspirada valorativamente na ideia de democracia administrativa, salienta a equiparação entre a fundamentação dos atos jurisdicionais e a fundamentação das decisões administrativas e consubstancia uma das dimensões relacionais das funções relativas à proteção da decisão.*”

¹⁸⁶ Nesse sentido SAYOGNÉS LASO, “*La Licitación Pública*”, 2

A fundamentação do contrato permitirá que se assegure a protecção do interesse público (enquanto fim subjacente ao contrato) e a garantia da conformidade da atividade administrativa com a ordem jurídica (por respeito ao princípio da legalidade)¹⁸⁷; Mas será, igualmente, uma forma de protecção dos particulares, principalmente o particular interessado no procedimento. Nesta senda LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES avança que a *fundamentação do contrato, concorrendo com o princípio da transparência (por influência do direito da União Europeia), tem o mérito (entre outros) de reforçar a segurança jurídica das partes (e de terceiros, porque uma nota essencial do contrato administrativo é a produção de efeitos sobre terceiros) e de assegurar objetivos (...) como a legalidade, o interesse público e a autoridade da Administração, permitindo a fundamentação, inclusive, o controlo do desvio de poder em matéria contratual.*¹⁸⁸

Todavia, a doutrina tem rejeitado abertamente a obrigação de cumprimento do dever de fundamentação para outras formas de atuação da Administração Pública, defendendo que apenas os atos administrativos estão sujeitos a este dever e às consequências do seu incumprimento.¹⁸⁹ Justificando-se essa perspetiva na medida em *que essas formas de atuação, como sejam os contratos por exemplo, não são atos que definam autoritariamente ou diretamente situações jurídicas exteriores à Administração, por não constituírem decisões concretas, ou por valerem juridicamente como factos.*¹⁹⁰

Ora, os procedimentos de contratação pública criados pelo legislador comunitário são indubitavelmente procedimentos administrativos.¹⁹¹ Ainda que com especificidades diferentes relativamente ao procedimento administrativo para a prática de um ato administrativo, uma vez que, além de mais complexos, a sua organização é feita *em torno de objetivos que não são os demais agentes de mercado mas antes em torno da preocupação que exprimem em encontrar*

¹⁸⁷ Nesse sentido LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, “A fundamentação aparece agora pensada não só em sede garantística, mas também em função do controlo da objetividade, imparcialidade e justiça administrativa. Por outras palavras, não apenas em função do controlo jurisdicional (que serve o particular), mas também do interesse público e da transparência administrativa” – ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO, obra citada, “Para um...”, pág. 31

¹⁸⁸ ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO, obra citada “Dificuldades...”, pág. 148

¹⁸⁹ Nesse sentido VIERA DE ANDRADE referiu que “É exclusivamente a esta forma de actuação da Administração que se reporta a fundamentação, que, portanto, não se aplica aos negócios, acordos ou contratos, privados ou públicos, celebrados pela Administração”, obra citada, “O Dever da...”, pág. 19

¹⁹⁰ VIEIRA DE ANDRADE, obra citada, “Dever da...”, pág. 19

¹⁹¹ RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS citando GIACINTO DELLA CANANCA, *Formação dos Contratos Públicos: Um Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, AAFDL, 2012; Entre nós vide MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Edições Jurídicas, 1994, pág. 42

*um co-contratante idóneo para a Administração*¹⁹². O procedimento de contratação pública é um procedimento administrativo em função de um contrato, e como tal, e agora mais do nunca, submetido aos princípios orientadores da atividade administrativa.¹⁹³

Assim, defendemos que subsistem ponderosas razões que nos permitem apelar a uma fundamentação do contrato enquanto modo de atuação da administração pública. E esta fundamentação dar-se-á e cumprir-se-á através da fundamentação dos vários atos pré-contratuais, incluindo a decisão de contratar, que na nossa opinião, e pelos motivos já expostos, é o ato com o maior relevo de todo o procedimento de contratação pública. E apesar dos atos procedimentais relevarem enquanto atos autónomos para cada fase concreta do procedimento em que se inserem, no seu conjunto consubstanciam a fundamentação do contrato.

Não seria defensável sustentar a fundamentação do contrato a final, ou seja, no momento sua celebração, uma vez que, e como denota bem VIERA DE ANDRADE, o contrato propriamente dito não consubstancia uma decisão concreta. No entanto, e tal como avança COLAÇO ANTUNES, *concedendo que existem alguns obstáculos ou reservas ao princípio da fundamentação dos contratos administrativos (embora no direito de contratação pública isso seja vulgar no que fiz respeito aos atos pré-contratuais, como atestam, por exemplo, os arts. 38.º, 68.º/3, 146.º/1, 148.º/1, 186.º/1, 212.º, 308.º/1, a contrario e 334.º do CCP), muito por contaminação do direito civil, a verdade é que contratar é ainda administrar*.¹⁹⁴ Assim, sendo a celebração de um contrato uma forma de administrar, é indubitavelmente sustentável a fundamentação do contrato através da fundamentação dos atos procedimentais (para os quais existe já, em parte, a previsão expressa do dever de fundamentação), nos quais assenta a sua celebração.

Desde logo porque a conformidade dos atos procedimentais com a lei implica, como consequência, a conformidade do contrato com a mesma. Caso assim não seja, a invalidade de um ato procedimental poderá, desde que cumpridos os pressupostos legais, comportar a invalidade do próprio contrato por aplicação do regime constante do Artigo 283º do CPA. Portanto, e concretamente no que diz respeito ao imperativo de fundamentação, a falta de

¹⁹² RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, obra citada “Formação...”, pág. 185

¹⁹³ Nesse sentido ESTORNINHO, MARIA JOÃO considera que o Novo CPA veio implementar, claramente, a obrigatoriedade de os procedimentos de contratação pública, procedimentos administrativos que são, estarem submetidos aos princípios da atividade administrativa, principalmente aos de índole constitucional. in CJA nº 101 Setembro/Outubro 2013, *O Projeto de Revisão do CPA e os Contratos da Administração Pública*, pág. 45

¹⁹⁴ ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO, obra citada, “Dificuldades...”, pág. 148

fundamentação dos atos pré-contratuais torná-lo-ias inválidos e, por essa mesma razão, inválido o contrato.

Note-se que a invalidade de determinados atos procedimentais poderá comportar até a invalidade de outro ato procedimental¹⁹⁵, o que corrobora esta nossa visão de que os atos procedimentais, na qualidade de verdadeiras decisões administrativas, são absolutamente determinantes para a legalidade do contrato e, conseqüentemente para a sua fundamentação enquanto meio de atuação da Administração Pública, porquanto determinam a causa-função deste.

Cada ato corresponderá, então, a uma parte da fundamentação do contrato, tendo em conta que cada um se reporta a fases concretas do procedimento, determinantes para a sua formação. E o contrato, não obstante não concretizar uma decisão administrativa concreta, é, antes de mais, o resultado, ou no fundo o ato final, de um procedimento administrativo que se inicia no momento em que a Administração Pública decide contratar *até ao momento da escolha do co-contratante (e da proposta) em que se tornam perfeitos os termos e condições em que se aceita contratar*,¹⁹⁶ que é o ato adjudicatório.

E este desígnio de justificação e motivação da atividade Administrativa, independentemente do modo de atuação, fundamenta-se na ideia de que *se o particular pode em regra fazer tudo o que não lhe é vedado, a Administração só pode fazer aquilo para que é mandada e, por isso, tem o dever de fazer isso bem*.¹⁹⁷ Esta atribuição de prerrogativas, diga-se necessárias para a prossecução do interesse público, terá de ser obrigatoriamente equilibrada por uma exigência de observação das formalidades respeitantes à atuação administrativa, visto que está mais do que ultrapassada a velha máxima “*the king can do no wrong*”.

¹⁹⁵ A invalidade do Caderno de Encargos invalida a decisão de contratar, porquanto a entidade competente para a decisão de contratar aprova igualmente o caderno de encargos (cfr. Artigo 36º nº 2 e 40º do CCP. Nesse sentido RAQUEL CARVALHO sustenta que “*Se este é inválido, a decisão de contratar encontra-se viciada quanto ao seu conteúdo*”, in *A Invalidade Derivada nos Contratos Administrativos Para Além da Aparência*, anotação ao Acórdão do TCA Norte de 15/04/2010, processo nº 1480/09.4BEBRG, CJA nº 84, Novembro/Dezembro 2010, pág. 43

¹⁹⁶ ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO, obra citada, pág. 52

¹⁹⁷ MESQUITA, MARIA JOSÉ RANGEL DE; SILVA, JOSÉ LUÍS MOREIRA DA; RODRIGUES, LUÍS BARBOSA E GARCIA, ANTÓNIO DIAS, *Quatro Décadas de Jurisprudência Sobre a Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública: dos 50 aos anos 80*, in *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2004, pág. 299

b) Invalidade Derivada do Contrato por Preterição do Dever de Fundamentação

Em prol do princípio constitucionalmente consagrado da procedimentalização da atividade administrativa, serão inválidos os contratos cuja celebração assenta em atos procedimentais inválidos, uma vez que o ato invalidante é fruto do procedimento ordenado à celebração daqueles. Nesta senda MARIA JOÃO ESTORNINHO conceptualiza que *o entendimento do processo de formação da vontade de contratar das entidades públicas como um procedimento administrativo, recheado de deveres jurídico-constitucionais, não pode deixar de ter reflexos quer no regime jurídico da responsabilidade na formação dos contratos públicos, quer no regime jurídico da invalidade dos atos do procedimento pré-contratual quer, ainda, no regime jurídico da invalidade do próprio contrato que venha a ser celebrado.*¹⁹⁸

Este tipo de invalidade do contrato é designada de invalidade derivada (cfr. Artigo 283º do CPA), na medida em que o contrato é contaminado pela invalidade do ato procedimental que o procedeu e que lhe deu origem. Assim, será nulo ou anulável o contrato cuja celebração derive de um ato procedimental nulo ou anulável respetivamente,¹⁹⁹ ou seja, ao tipo de invalidade do ato procedimental corresponderá a invalidade do contrato. Neste caso das invalidades derivadas, os mecanismos preventivos, como sejam o contencioso pré-contratual, falharam e levaram a que o contrato fosse celebrado, apesar da invalidade ocorrido no ceio do procedimento.

No que ao vício de fundamentação diz respeito, e tal como já demonstrado supra (*ver página 21 e seguintes*), este apenas é suscetível de gerar a anulabilidade do ato inquinado, uma vez que este vício, além de ser entendido como um vício meramente de forma, que não contende com o conteúdo decisório do ato, não comporta um desvalor jurídico grave ao ponto de compreender a nulidade do ato inquinado. Assim sendo, caso um ato procedimental, para o qual se exija o dever de fundamentação, esteja inquinado por um vício de fundamentação invalidante do ato, originará, naturalmente por aplicação do nº 3 do Artigo 283º do CCP, a invalidade do contrato que nasceu do procedimento onde se inseriu o ato procedimental inválido.

¹⁹⁸ Obra citada, pág. 444

¹⁹⁹ AMORIM, JOÃO PACHECO DE, *A Invalidade e a (In)eficácia do Contrato Administrativo no Código*, Estudos e Contratação Pública – I, pág. 641 e seguintes; SILVA, NUNO SOUSA E GOMES, PEDRO CERQUEIRA, *Invalidades Contratuais no CCP – Visita de Estudo*, Revista de Ciências Jurídicas e Empresarias, nº 21, 2012, pág. 47 e seguintes.

No entanto, não consideramos que todos os atos, ainda que atos procedimentais, sejam suscetíveis de contaminar o contrato celebrado ao ponto de o invalidar. E uma vez que o dever de fundamentação, na nossa perspectiva, estabelece uma relação indiscutível entre a formalidade da fundamentação e o conteúdo material do ato, considerando os requisitos de fundamentação constantes do Artigo 153º do CPA, um vício de fundamentação presente num ato procedimental apenas comportará a invalidade do contrato, sempre que esses atos contenderem, diretamente com o fim que lhe subjaz.

A doutrina tem interpretado a disposição legal das invalidades derivadas, concretamente na parte onde se lê ato procedimental em que tenha assente a sua celebração, de forma divergente. Se por um lado, se entende por ato procedimental todo e qualquer ato praticado pela entidade adjudicante ao longo do procedimento de contratação pública, e ainda que se considere que nem todo o ato procedimental pode ser judicialmente sindicado, mas tão-só o verdadeiro ato administrativo, a celebração do contrato assenta na sucessão de todos eles²⁰⁰, sendo certo que a jurisprudência tem entendido por ato procedimental (em que tenha assente a celebração do contrato) *tanto os atos administrativos como os regulamentos do concurso*²⁰¹. Por outro lado, parte da doutrina entende que, concretamente nas invalidades derivadas, apenas os atos procedimentais que têm uma relação direta com a celebração do contrato é que são suscetíveis de abarcar a invalidade do mesmo, nomeadamente a decisão de contratar e o ato de adjudicação.²⁰² Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA refere-se a estes atos, suscetíveis de comportar um invalidade derivada, como aqueles que fornecem *um requisito de validade ao segundo, ao nível do sujeito, do objeto e dos pressupostos*,²⁰³ dando como exemplo aqueles atos que integram um mesmo procedimento administrativo.

Não obstante não perfilharmos este segundo entendimento, porquanto todos os atos procedimentais conduzem à celebração do contrato, independentemente de estarem ligados umbilicalmente à celebração estrita do contrato, abraçamos aquele entendimento na parte em que considera que a decisão de contratar é a razão de ser do procedimento e a base para que

²⁰⁰ AMORIM, JOÃO PACHECO DE, obra citada, “*A invalidade...*”, pág. 642

²⁰¹ Acórdão do TCA Norte de 14/04/2010, processo nº 1480/09.4BEBRG

²⁰² SILVA, NUNO SOUSA E GOMES, PEDRO CERQUEIRA, obra citada, “*Invalidades...*”, pág. 48 e seguintes; CARVALHO, RAQUEL, *As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Tese de Doutoramento, 2008, pág. 186 e *A Invalidade Derivada nos Contratos Administrativos: Para Além da Aparência...*, in CJA nº 84, Novembro/Dezembro 2010, pág. 42; ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Anulação de Atos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Coimbra, Almedina, 2001, pág. 315 e seguintes

²⁰³ *Regime dos Atos Consequentes de Atos Administrativos Anuláveis*, in CJA nº 28, 2001, pág. 10

possa vir a ser concretizada uma adjudicação²⁰⁴ e, por conseguinte, fornecerem requisitos e validade no que diz respeito ao sujeito, ao objeto e aos pressupostos do contrato. Assim sendo, a preterição do dever de fundamentação da decisão de contratar e do ato de adjudicação, e já não do valor e da duração do contrato, por exemplo, comportarão não só a invalidade desses atos concretos, mas também a invalidade do próprio contrato por aplicação do nº 2 do Artigo 283º do CCP.

Justificamos este nosso parecer, pelo facto de a decisão de contratar ser o ato fulcral do procedimento de contratação pública, correspondendo ao momento em que a Administração Pública reconhece o contrato como o meio idóneo para a satisfação de uma necessidade, ou porque não tem capacidade para a satisfazer por si, ou então porque, por respeito ao princípio da eficiência, considera que o recurso ao privado será a forma mais capaz de a satisfazer. Além de que incluirá, igualmente, a aprovação de documentos do concurso, bem como a aprovação do caderno de encargos, que fará parte integrante no clausulado contratual. Por seu turno, a decisão de adjudicação concretiza o já estabelecido na decisão de contratar acrescentando o que vier a ser aguçado durante o procedimento de contratação pública, tal como a escolha do co-contratante e as especificidades da proposta que foi escolhida e que, também, fará parte do contrato que vier a ser celebrado.

A decisão de contratar enquanto ato final do procedimento pré-procedimental e ato inicial e propulsor do procedimento de contratação pública é por si só pressuposto do contrato, porquanto a sua falta implica, naturalmente, a não celebração de qualquer contrato. Por outro lado, é na decisão de contratar que é estabelecido o objeto do contrato, ficando a Administração Pública vinculada a esse objeto ao longo do procedimento. Por seu turno, o ato de adjudicação, corporiza a escolha do co-contratante, e nessa perspetiva fornece um requisito de validade do contrato ao nível do sujeito com quem a Administração Pública irá contratar.

Assim, dúvidas não restam que estes dois atos estabelecem uma conexão tal com o contrato, que a queda de um deles compromete, forçosamente, a sua subsistência. E numa época em que se assiste a *um crescimento e aparente consolidação de uma Administração por contrato, a um movimento de autoridade para o contrato, ao florescimento de uma retórica do*

²⁰⁴ SILVA, NUNO SOUSA E GOMES, PEDRO CERQUEIRA, obra citada, “Invalidades...” pág.50; Segundo SOUSA, MARCELO REBELO DE “O concurso público a que nos reportamos é um procedimento administrativo que se inicia com a decisão ou deliberação de recorrer a tal modalidade de formação de contrato administrativo e que termina com a adjudicação ou a recusa em adjudicar. Em rigor, a abertura do concurso já se insere no procedimento considerado”, *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, 1994, pág. 43 e seguintes.

*consenso e ao reconhecimento de inovadoras aplicações da forma contratual na ação Pública*²⁰⁵, justifica-se mais do que nunca que decisão de contratar seja considerada o momento fulcral do procedimento de contratação pública, a par do ato de adjudicação, porquanto o contrato público, não obstante nascer de uma vontade unilateral, abarca duas partes e duas vontades. E estes atos por contenderem diretamente com o fim subjacente ao contrato - que consiste na escolha de um co-contratante adequado para a satisfação de uma necessidade concreta através da celebração de um contrato -, serão aqueles cuja preterição do imperativo de fundamentação que se lhes impõe, comportará sem sombra de dúvidas, a invalidade do contrato este também, consequentemente, do vício da falta de fundamentação.

Acontece que o nosso ordenamento jurídico implementou um regime segundo o qual se deverá aproveitar ao máximo os contratos celebrados mediante um procedimento pré-contratual. Assim, o nº4 do Artigo 283º do CCP permite afastar o efeito anulatório relativamente ao contrato sempre que a sua anulação seja demasiado onerosa para o interesse público e para o interesse privado, ambos presentes no contrato; sempre que a anulação se revele desproporcionada ou contrária à boa-fé; ou quando se demonstre inequivocamente que o vício não implicaria uma modificação subjetiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial.

Todavia, o legislador não concretizou que tipo de vícios jurídicos comportam um desvalor jurídico tal, que a invalidade do ato procedimental terá sempre de comportar a invalidade do contrato, não sendo suscetível de aproveitamento à luz deste mecanismo. Assim sendo, caberá ao juiz administrativo, a quem compete decidir das invalidades dos atos procedimentais e, por conseguinte, do contrato, *ponderar de forma global os diversos aspetos e decidir qual a solução mais razoável*²⁰⁶: considerar que o ato inválido padece de um vício cujo desvalor jurídico, ainda que comporte a mera anulabilidade do ato procedimental e do contrato, não permita que se considere, ponderados que estejam os interesses plasmados no nº4 do Artigo 283º do CCP, que o contrato se deva manter e produzir plenamente os seus efeitos ou então, pelo contrário, ponderados que foram tais interesses, o juiz entende que o contrato, ainda que assente num ato inválido, deverá manter-se e produzir inteiramente todos os seus efeitos.

²⁰⁵ GONÇALVES, PEDRO, *A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo*, in CJA nº 64, Julho/Agosto 2007, pág. 36 e seguintes

²⁰⁶ ESTORNINHO, MARIA JOÃO, obra citada, “Curso de...”, pág. 454

Concretamente à invalidade derivada do contrato por preterição do imperativo de fundamentação que se impõe aos atos procedimentais acima descritos, mormente a decisão de contratar e o ato de adjudicação, somos de defender, tal como defendemos supra (*páginas 21 e seguintes*) que o princípio do aproveitamento do ato não poderá ser aplicado ao ato administrativo inquinado por um vício de fundamentação, porquanto a função que desempenha perante o conteúdo da decisão administrativa não se compagina com a aplicação daquele princípio, também este aproveitamento do contrato não deverá ser aplicado.

Compreendemos que a doutrina aponta em sentido inverso, ao considerar que será de aproveitar o contrato sempre que estejam em causa *vícios formais ou de procedimento, sem prejuízo de eventual indemnização dos interessados e outras consequências da ilegalidade*.²⁰⁷ Todavia, e no seguimento da opinião protagonizada por LUÍS CABRAL DE MONCADA²⁰⁸, por vezes a qualificação de um vício como formal ou material, não passa disso mesmo - de uma qualificação - que não significa automaticamente que um vício formal não possa contender com o conteúdo essencial, no caso, do contrato celebrado.

Parece-nos que o legislador procurou com este regime enfatizar a ideia de que o contrato é uma realidade autónoma face ao procedimento, antes relevando-o como acordo de vontades²⁰⁹. Não podemos concordar com tal opção, porquanto configura uma visão extremamente minimalista do procedimento, num desrespeito absoluto pelo princípio da procedimentalização, e demasiado extremista quanto à autonomia do contrato em relação ao respetivo procedimento. E neste aspeto, não poderíamos discordar mais de VIERA DE ANDRADE²¹⁰, que reconduz as invalidades derivadas do contrato insuscetíveis de desencadear o aproveitamento do contrato, a vícios materiais. Por outro lado, um contrato celebrado pela Administração Pública, nunca poderá relevar tão só enquanto acordo de vontades, uma vez que contratar é uma forma de administrar, e como tal está submetida (tal-qual a administração por ato administrativo) aos princípios orientadores da atividade administrativa.

Portanto, uma vez que nos assumimos defensores acérrimos de um dever de fundamentação enquanto requisito formal em sentido amplo, porquanto este protagoniza uma relação inegável com o conteúdo da decisão, servindo, por essa mesma via, aspetos puramente

²⁰⁷ VIERA DE ANDRADE, obra citada, “*Lições de...*”, pág. 234

²⁰⁸ Ver nota de rodapé nº 52 pág. 23 da presente exposição.

²⁰⁹ Segundo COLAÇO ANTUNES muito por contaminação do direito civil – ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO, obra citada “*Dificuldades...*”, pág. 148

²¹⁰ Obra citada, “*Lições de...*”, pág. 234 e seguintes

materiais, entendemos que a preterição do imperativo de fundamentação em atos procedimentais como sejam a decisão de contratar e o ato de adjudicação, comporta a invalidade derivada do contrato, e impede a aplicação do regime constante do nº4 do Artigo 283º do Códigos dos Contratos Públicos, ou seja, o aproveitamento do contrato.

E desta forma, pretendemos dar o nosso contributo para que não seja necessário esperar, pelo menos da nossa parte, que a dita criança inocente grite: “*O Rei vai nu*”!²¹¹, esperando em consciência que este nosso entendimento não acabe por tombar nos braços de *Morfeu*...

²¹¹ Por referência ao considerando de ROQUE, MIGUEL PRATA, obra citada, “*Ato Nulo...*”, pág. 32

Epílogo

“Se, a princípio, a ideia não é absurda, então não há esperança para ela.”²¹²

Aqui chegados fica o sentimento de tarefa cumprida. Não obstante termos consciência da dificuldade dogmática do defendido na presente exposição, consideramos que a fundamentação do contrato faz todo o sentido, atendendo a que caminhamos para uma Administração Pública que atua mediante um contrato e não tanto, como vinha sendo hábito, mediante ato administrativo.

Assim sendo, correspondendo o imperativo de fundamentação a uma forma não só de garantia dos particulares perante a Administração, mas também uma forma de garantia da legalidade da sua atividade e consequente conformidade com o ordenamento jurídico, subsistem razões que nos permitem apelar ao dever de fundamentação do contrato através da fundamentação dos vários atos procedimentais, porquanto estes concretizam o procedimento iniciado com vista a celebração de um contrato público.

Através da fundamentação a Administração presta contas, o que lhe permite “andar de cara lavada” ante o olho fiscalizador do cidadão administrado.

Cumpramos reservar uma palavra para o ato procedimental que aqui nos propusemos enfatizar: a decisão de contratar, para nós o ato legitimador de todo o procedimento, e como tal o ato, na nossa perspetiva, verdadeiramente fundamentador do contrato, não obstante entendermos que os demais protagonizam um papel relevante nesta busca pela fundamentação do contrato. Mais se diz que, em proveito da transparência na atividade contratual seria, manifestamente, preferível que o CCP tivesse acolhido conteúdos mínimos vinculativos na fundamentação da decisão de contratar. O que não fez, deixando assim, aberta uma brecha para todo e qualquer tipo de contratação injustificada e propícia a causar lesão grave, não só para o particular, mas também para o interesse público.

²¹² ALBERT EINSTEIN

Face ao exposto, podemos concluir que a decisão de contratar, mais do que marcar a marcha do procedimento de contratação pública, e juntamente com o ato de adjudicação, traduz-se num sustentáculo da legalidade, pelo que qualquer preterição da sua fundamentação, deverá acarretar consequências para o próprio contrato, para que se possa ter como prática recorrente na atividade administrativa, o recurso à contratação, tão só, quando tal for estritamente necessário à prossecução dos fins que com o contrato a administração pretenda garantir.

Bibliografia

- ✓ *Alexandrino, José de Melo*, “O Procedimento Pré-Contratual nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas”, A.A.F.P.L., 1997
- ✓ *Alfonso, Luciano Parejo*, “Lecciones de Derecho Administrativo” 7ª Edição, 2014
- ✓ *Almeida, Mário Aroso de*, “Anulação de Atos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes”, Coimbra, Almedina, 2001
- ✓ *Almeida, Mário Aroso de*, “Regime dos Atos Consequentes de Atos Administrativos Anuláveis”, in CJA nº 28, 2001
- ✓ *Almeida, Mário Aroso de*, “Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares”, Almedina, 2012
- ✓ *Almeida, Mário Aroso de e Cadilha Fernandes*, “Comentário ao Código de Procedimento nos Tribunais Administrativos”, Almedina, 2005
- ✓ *Amaral, Diogo Freitas do*, “Curso de Direito Administrativo – Volume II”, 2ª Edição, Almedina, 2011
- ✓ *Amaral, Diogo Freitas do*, “Direito Administrativo”, Vol. III, Lisboa, 1989
- ✓ *Amorim, João Pacheco de*, “As Garantias Administrativas no CCP”, Estudos de Contratação Pública – II
- ✓ *Amorim, João Pacheco de*, “A Invalidade e a (In)eficácia do Contrato Administrativo no Código”, Estudos e Contratação Pública – I

- ✓ **Amorim, João Pacheco de**, “O Princípio da Temporalidade dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública – IV*
- ✓ **Andrade, José Carlos Vieira de**, “A Nulidade Essa Desconhecida” – *Revista de Legislação e de Jurisprudência* nº 3957, Ano 138, Coimbra Editora, Julho – Agosto
- ✓ **Andrade, José Carlos Viera de**, “DJAP – Volume II”
- ✓ **Andrade, José Carlos Vieira de**, “Lições de Direito Administrativo”, *Imprensa da Universidade de Coimbra*, 2014
- ✓ **Andrade, José Carlos Viera de**, “O Dever de Fundamentação Expressa de Atos Administrativos”, *Almedina*, 2007
- ✓ **Antunes, Luís Filipe Colaço** “A Ciência Jurídica Administrativa”, *Reimpressão*, *Almedina*, 2013,
- ✓ **Antunes, Luís Filipe Colaço**, “A fundamentação do Ato e o Procedimento Administrativo. Centralidade ou Periferia da fundamentação”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 20.º, Janeiro-Março, 1999, n.º 77
- ✓ **Antunes, Luís Filie Colaço**, “Dificuldades Do Projecto de Revisão do CPA”, *Revista Direito e Política* nº4, Julho/Outubro 2013
- ✓ **Antunes, Luís Filipe Colaço**, “Direito Administrativo de Garantia do Cidadão e da Administração – Tradição e Reforma”
- ✓ **Brewer-Carías, Allan-R.**, “Evolução do Conceito do Contrato Administrativo”, *Revista de Direito Público*, v. 51-52, 1979
- ✓ **Buscema, Angelo e Salvatore**, “Tratto di Diritto Amministrativo – Diretto da G. Santinello – I Contratti della Pubblica Amministrazione”, *Volume Settimo*

- ✓ **Cabral, Margarida Olazabal**, “O Concurso Público nos Contratos Administrativos”, Almedina, 1999
- ✓ **Caetano, Marcelo**, “Manual de Direito Administrativo”, Vol. I, 10ª Edição, Coimbra Editora, 1973
- ✓ **Canotilho, J.J. Gomes e Moreira, Vital**, “CRP Anotada – Vol. I”, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora
- ✓ **Confraria, João da**, “Regulação e Concorrência – Desafios do Século XXI”, Campus do Saber Ler, 2ª Edição Revista e Atualizada
- ✓ **Carvalho, Raquel**, “A Invalidade Derivada nos Contratos Administrativos Para Além da Aparência”, anotação ao Acórdão do TCA Norte de 15/04/2010, processo nº 1480/09.4BEBRG, CJA nº 84, Novembro/Dezembro 2010
- ✓ **Carvalho, Raquel**, “As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços”, Tese de Doutoramento, 2008
- ✓ **Correia, Sérvulo**, “Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos”, Almedina, Reimpressão, 2013
- ✓ **Costa, Paulo Nogueira da**, “O Tribunal de Contas e a Boa Governança – Contributo Para uma Reforma do Controlo Financeiro Externo em Portugal”, Coimbra Editora, 2014,
- ✓ **Cunha, Estevão Nascimento da**, “Ilegalidade externa do ato administrativo e responsabilidade civil da administração”, 1.ª edição, Coimbra Editora, Fevereiro de 2010,
- ✓ **Dias, José Eduardo Figueiredo e Oliveira, Fernanda Paula**, “Noções Fundamentais de

- Direito Administrativo*", 2ª Edição, Almedina, 2010
- ✓ **Duarte, David**, "Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório", Almedina
- ✓ **Duarte, Tiago**, "A Decisão de Contratar no CCP Português: Da Idade do Armário à Idade dos Porquês" in "Estudos da Contratação Pública I", Organização Pedro Gonçalves
- ✓ **Estorninho, Maria João**, "Algumas Questões de Contencioso dos Contratos da Administração Pública", A.A.F.D.L., 1996,
- ✓ **Estorninho, Maria João**, "Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por Uma Contratação Pública Sustentável", Almedina, 2012
- ✓ **Estorninho, Maria João**, "Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português", Almedina, 2006
- ✓ **Estorninho, Maria João**, "O Projecto de Revisão do CPA e os Contratos da Administração Pública", in CJA nº 101 Setembro/Outubro 2013,
- ✓ **Estorninho, Maria João**, "Réquiem Pelo Contrato Administrativo", 1990
- ✓ **Ferreira, Pedro Matias e Guimarães, Rui Mesquita**, O Valor do Contrato no CCP Português"
- ✓ **Franco, A. L. Sousa** "Finanças Públicas e Direito Financeiro – Volume I e II", Almedina, 2015
- ✓ **Freeman, Jody e Martha Minow**, "Government by Contract: Outsourcing and American Democracy"

- ✓ **Freitas, Lourenço Vilhena,**
Direito dos Contratos Públicos e Administrativos, AAFDL, 2014
- ✓ **Giannini, Máximo Severo,**
“Diritto Amministrativo – Volume Secondo”, Trezera Edizione, Giuffré Editore
- ✓ **Giannini, Máximo Severo,**
“Motivazione dell’atto amministrativo”, in EdD, 1977
- ✓ **Garcia, Julio V. González,**
“Contrato de Colaboración Público-Privada”, *Revista de Administración Pública*, nº170, Madrid, Mayo-Agosto (2006)
- ✓ **Goodnow, Frank Johnson,** “The Principles of the Administrative Law of the United States”, 1905, New York, London, G.P. Putnam’s Sons
- ✓ **Gomes, Carla Amado e Raimundo, Miguel Assis,**
“Topicamente – e a quatro mãos... - sobre o novo regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades”, *Revista de Direito Público e Regulação*
- ✓ **Gomes, José Osvaldo,**
“Fundamentação do Ato Administrativo”, 2ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora
- ✓ **Gonçalves, Pedro,** “A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo”, in CJA nº 64, Julho/Agosto 2007
- ✓ **Gonçalves, Pedro,** “Entidades Privadas com Poderes Públicos – O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas”, Almedina
- ✓ **Jehring,** “Geist des Römischen Rechts”, 9ª Edição, 1968, Aalen
- ✓ **Juso,** *Tratti Caratteristici della Giurisprudenza Motivazione Degli Atti Amministrativo*, in RTDP, 1959
- ✓ **Krebs, Walter,** “Contratos y convénios entre la Administración y particulares”, *Revista Derecho del Estado*, nº18, Junio 2006

- ✓ **Laso, Sayognés**, “*La Licitación Pública*”, 2
- ✓ **Leitão, Alexandra**, “*A Proteção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*”, Almedina, 2002
- ✓ **Leitão, Alexandra**, “*Contratos Interadministrativos*”, Almedina, 2011
- ✓ **Leitão, Alexandra e Estorninho, Maria João**, “*Contratos de Associação Celebrados entre o Ministério da Educação e os Estabelecimentos Particulares e Cooperativos de Ensino: Natureza e Regime*” *Revista de Contratos Públicos*, CDIPRE, 2012
- ✓ **Leitão, Alexandra**, “*Lições Contratos Públicos: Parte Geral*”, AFFDL, 2014
- ✓ **Loewenstein, Karl**, “*Teoría de la Constitución*”, 1986, Ed. Ariel
- ✓ **Maças, Fernanda**, “*A Concessão de Serviço Público e o CCP*”, *Estudos de Contratação Pública – I*
- ✓ **Machete, Pedro**, “*Os Limites do Aproveitamento do Ato Administrativo*”, in *CJA* n° 101 Setembro/Outubro 2013,
- ✓ **Martins, Afonso D’Oliveira**, “*Para um Conceito de Contrato Público*”
- ✓ **Matos, André Salgado de**, “*A invalidade do ato administrativo no projecto de revisão do Código de Procedimento Administrativo*”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n°100 Julho/Agosto 2013
- ✓ **Matos, André Salgado de e Sousa, Marcelo Rebelo de**, “*Contratos Públicos - Direito Administrativo Geral - Tomo III*”, 2ª Edição, Dom Quixote, 2009
- ✓ **Mayer, Otto** “*Derecho Administrativo Alemón, Volume I*”, 1949

- ✓ **Medeiros, Rui**, Coord., “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas”, Universidade Católica Portuguesa
- ✓ **Mesquita, Maria José Rangel de, Silva, José Luís Moreira da, Rodrigues, Luís Barbosa, Garcia, António Dias**, “Quatro Décadas de Jurisprudência Sobre a Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública: dos 50 aos anos 80”, in Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2004
- ✓ **Miranda, Jorge e Medeiros, Rui**, “CRP Anotada – Tomo I”, 2ª Edição, Coimbra Editora
- ✓ **Miranda, Jorge**, “Funções, Órgãos e Atos do Estado”, 1990, AAFDL
- ✓ **Moncada, Luís Cabral de**, “A Nulidade do Ato Administrativo”, Jurismat, Revista Jurídica n.º 02 (2013)
- ✓ **Moniz, Ana Raquel Gonçalves**, “Contrato Público e Domínio Público – Os Contratos Sobre o Domínio Público à Luz do CCP e da Nova Legislação Sobre o Domínio Público” in Estudos de Contratação Pública I, Coimbra Editora, 2008
- ✓ **Navarro, González**, “Procedimiento Administrativo Comum, Procedimientos Triangulares y Procedimientos Complejos”, in Revista de Estudios de la Vida Local, nº40
- ✓ **Oliveira, Mário Esteves de e Oliveira, Rodrigo Esteves de**, “Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina, 2011
- ✓ **Oliveira, Mário Esteves de, Gonçalves, Pedro Costa, Amorim, J. Pacheco**, “Código de Procedimento Administrativo

- Comentado*”, 2ª Edição, Almedina, 2005
- ✓ **Portocarrero, Marta**, “*Audiência dos Interessados e Conteúdo da Fundamentação*”, anotação aos Acórdãos do STA de 13/04/2000, processo nº 41540 e de 9/03/2000, processo nº 442314 in CJA nº 41, Setembro/Outubro 2003
- ✓ **Queiró, Afonso**, Anotação ao Acórdão de 10 de Novembro de 1983, in RLJ, ano 177, 1984-85
- ✓ **Raimundo, Miguel Assis**, “*Grelha + nota = fundamentação. A Questão da Fundamentação Numérica*”, Cadernos de Justiça Administrativa nº109, Janeiro/Fevereiro 2015
- ✓ **Raimundo, Miguel Assis**, “*Formação dos Contratos Públicos: Para Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*”, AAFDL, 2012
- ✓ “*Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – Trabalhos Preparatórios da Reforma*”, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento
- ✓ **Santi Romano**, “*Corso di Diritto Amministrativo, I*”, 1930
- ✓ **Roque, Miguel Prata** “*“Ato nulo ou ato anulável? – Consequências da just-fundamentalidade do direito de audiência prévia e do direito à fundamentação*”, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 78, Novembro/Dezembro 2009
- ✓ **Silva, Jorge Andrade da**, “*CCP, Comentado e Anotado*”, 3ª Edição, Almedina, 2010
- ✓ **Silva, Nuno Sousa e Gomes, Pedro Cerqueira**, “*Invalidades Contratuais no CCP – Visita de Estudo*”, Revista de Ciências Jurídicas e Empresarias, nº 21, 2012

- ✓ **Silva, Vasco Pereira da**, “*Em Busco do Ato Administrativo Perdido*”, Almedina, 2003
- ✓ **Sousa, Marcelo Rebelo de**, “*Distribuição pelos Municípios da Energia Eléctrica de Baixa Tensão*” in *CJ*, ano XIII, 1988, tomo 5
- ✓ **Sousa. Marcelo Rebelo de**, “*Administração Pública e Direito Administrativo em Portugal*”, AAFDL, 1992
- ✓ **Sousa, Marcelo Rebelo de**, “*O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*”, 1994, Lex-Edições Jurídicas
- ✓ **Tavares, Gonçalo Guerra e Dente, Nuno Monteiro**, “*CCP Comentado – Volume I*”, Almedina, 2009
- ✓ **Tavares, José F. F.**, “*O Tribunal de Contas – Do Visto, Em Especial – Conceito, Natureza e Enquadramento na Atividade de Administração*”, Almedina, 1998
- ✓ **Varela, Antunes, Bezerra, Miguel e Sampaio e Nora**, “*Manual de Processo Civil*”, 2º Edição, Coimbra Editora

Jurisprudência

✓ *Acórdãos Tribunal Constitucional*

- N° 63/84 de 02/08/1984
- N° 86/84 de 02/02/1985
- N° 89/84 de 5/02/1985
- N° 51/85 de 13/04/1985
- N° 109/95 de 10/09/1985
- N° 150/85 de 19/12/1985
- N° 32/86 de 9/05/1986
- N° 266/87 de 9/05/1986
- N° 190/85 de 10/02/1986
- N° 78/86 de 14/06/1986
- N° 594/2008 de 10/12/2008

- 24/05/2012, p. 00731/09
- 29/05/2014, p. 00511/11
- 26/02/2015, p. 0048/11

✓ *Acórdãos Tribunal Central Administrativo Sul*

- 11/03/2011, p. 01001/06
- 27/06/2011, p. 06859/10
- 29/01/2015, p. 11744/14

✓ *Acórdãos Supremo Tribunal Administrativo*

- 18/02/1999
- 06/10/1999, p. 042394
- 03/04/2003, p. 01126/02
- 09/04/2003, p. 0299/03
- 03/02/2005, p. 952/04
- 06/10/2013, p. 0227/04
- 2/07/2014, p. 001140/13
- 19/11/2014, p.0407/12
- 7/01/2015, p. 014889/14
- 5/02/2015, p. 001775/13

✓ *Acórdãos Tribunal Central Administrativo Norte*

- 04/06/2006, p.
00344/05.5BECBR